Die Strafbarkeit des Versuchs im Falle des § 216 StGB.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Georg Stern

Referendar.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1912.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Gretener.
Korreferent: Professor Dr. Schott.

Dem Andenken meiner Mutter!

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Arieff, Die ärztliche Tätigkeit und das Strafrecht. Berner Diss. 1910.
v. Bar, Zur Lehre vom Versuch und der Teilnahme am Verbrechen. 1859.
v. Bar, Gesetz und Recht im Strafrecht. Bd. 1 1906, Bd. 3 1909.
Baumgarten, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen. 1888.
Beling, Grundzüge des Strafrechts. 1905.
Beling, Die Lehre vom Verbrechen. 1906.
Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 18. Aufl. 1898.
Birkmeyer, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. Bd. 2.
Binding, Handbuch des Strafrechts. Bd. 1. 1884.
Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Bd. 1. 1902.
Binding, Die Norm und ihre Übertretung. Bd. 1. 1890.
Breithaupt, Volenti non fit iniuria. Berlin 1891.
Daude, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich v. 15. 5. 1871. 10. Aufl. 1907.
Dietrich, Die Straflosigkeit ärztlicher Eingriffe. Marburger Diss. 1896.
Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 5.—7. Aufl. 1908.
Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Bd. 1. 1904.
Fischer, Alfred, Der pflichtgemäße ärztliche Eingriff am Patienten in Beziehung zu § 223 RStGB. Würzburger Diss. 1911.
Fischer, Max, Strafbare Körperverletzung und ärztlicher Eingriff. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1906.
Garrelts, Über die Tötung auf Verlangen als Verbrechen im Sinne des § 1 RStGB. und über die Bestrafung des Versuches dieses Delikts. Göttinger Diss. 1896.
Geyer, Grundriß zu Vorlesungen. Bd. 1 1884, Bd. 2 1885.
Gerichtssaal = GS. Bde. 20, 29 (Beilageheft), 26, 30, 31 (Beilageheft), 32, 35, 37, 38, 55, 60, 67.
Goltdammers Archiv = G. A. für Strafrecht Bde. 25, 26, 29, 35, 48, 49, 50, 54.
Goldschmidt, Die Lehre vom unbeendigten und beendigten Versuch. Berliner Diss. 1895.
Guderian, Die Beihilfe zum Selbstmord und die Tötung des Einwilligenden. Berlin 1899.
Habermaas, Die ideale Konkurrenz der Delikte. Tübinger Diss. 1882.
Hatzig, Über den Rücktritt vom Versuch und die sogen. tätige Reue. Berliner Diss. 1897.
Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. Bd. 1 1881, Bd. 2 1887.

Heimberger, Strafrecht und Medizin. 1899.
Holtzendorff = H. H., Handbuch des Strafrechts. 3 Bde. 1871—1874.
v. Holtzendorff-Kohler in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft 1904 Bd. 2.
Hauptmann, Über die Bestrafung der Versuchshandlung im Falle des § 216 StGB Breslauer Diss. Borna-Leipzig 1906.
Heinemann, Die Lehre von der Idealkonkurrenz. 1893.
Jeselsohn, Zur Auslegung des § 216. Erlanger Diss. 1896.
Joski, Die Einwilligung des Verletzten. Erlanger Diss. 1899.
Kahle, Der Versuch der Tötung auf Verlangen. Berliner Diss. 1908.
Keßler, Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung. 1884.
Kobner, Deutsches Reichsstrafrecht. 3. Aufl. 1895.
Kohler, Studien aus dem Strafrecht. Bd. 1. 1890.
Köhler, Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz. 1900.
Köstlin, System des deutschen Strafrechts. 1855.
Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. 19.
v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Teil 1 18. Aufl., Teil 2 17. Aufl.
Löwe-Hellweg, Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 11. Aufl. 1904.
Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1889.
Meyer, H., Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 5. Aufl. 1895.
Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Strafrechts. 6. Aufl. 1907.
Neuhaus, Eine und dieselbe Handlung oder mehrere selbständige Handlungen, §§ 73, 74. Bonner Diss. 1908.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 8. Aufl. 1909, Bd. 2 1910.
Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 14. Aufl. 1901.
Pfersdorff, Die Einwilligung des Verletzten als Strafausschließungsgrund. Straßburger Diss. 1897.
Pflaum, Über Gesetzeskonkurrenz. Erlanger Diss. 1897.
Recht, Das. Bd. 8. 1904.
Rechtsprechung des Kgl. Preuß. Obertribunals in Strafsachen. Bde. 17, 18, 19. (zit.: Oppenhoff, Rechtspr.)
Roedenbeck, Der Zweikampf im Verhältnis zu Tötung und Körperverletzung. 1893.
Rüdorff, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich mit Kommentar. 4. Aufl. 1892.
Rubo, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1879.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Bde. 2, 3, 12, 15, 20, 24, 25, 26, 28, 29.
Sarter, Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz. Rostocker Diss. 1904.
Schnitzler, Der ärztliche Eingriff und das Strafrecht. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1908.
Sontag, Die Redaktionsversehen des Gesetzgebers insbesondere auf strafrechtlichem Gebiet. 1874.
Strafrechtliche Abhandlungen. Heft 10: Zur Lehre vom strafrechtlichen Vorsatz; Klee. Heft 14: Wille und Erfolg in der Versuchslehre; Klee. Heft 103: Die Lehre von der Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz; Baumgarten.

Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 2. Aufl. 1874.
Stenglein, Lexikon des Strafrechts. Bde. 1 u. 2. 1900.
Stooß, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung. 1898.
Thomas, Ein Beitrag zu der Lehre von der Idealkonkurrenz. Freiburger Diss. 1898.
Thomsen, Kriminalpolitische Bekämpfungsmethoden. 1893.
Thomsen, Über den Versuch der durch eine Folge qualifizierten Delikte. 1895. (zit.: Thomsen, Versuch.)
Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Bd. 1 1908, Bd. 5 1905.
Verhandlungen des Reichstags des Norddeutschen Bundes. 1870. Bde. 1—4.
Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch mit Begründung. 1909.
Wachenfeld, Theorie der Verbrechenskonkurrenz. 1893.
Wachenfeld, Mord und Totschlag. 1890.
v. Wächter, Deutsches Strafrecht. 1881.
Wiebeck, Der Versuch bei der Tötung auf Verlangen und die in Ausführung dieses Versuches begangene Körperverletzung. Berliner Diss. 1900.
Zachariae, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen. 1831.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Bde. 18, 24, 25, 27.
Zeitschrift für Gerichtspraxis und Rechtswissenschaft. Bd. 18.
Zeitschrift für Schweizer Strafrecht. Bd. 6.

A. Einleitung.

§ 1.

Der Tatbestand des § 216.

Unser Problem setzt einen Versuch zu einem strafbaren Delikt voraus, der derartig abläuft, daß er wenigstens Spuren, eine Körperverletzung hinterläßt. Das Ziel der Handlung ist die Tötung eines Menschen, und zwar eine Tötung, zu welcher der Täter durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden ist (§ 216). Wann liegt nun ein ausdrückliches, ernstliches Verlangen vor?

Nicht jede Willensäußerung, welche nur dem Getötetwerden nicht entgegensteht, ist ein Verlangen. Verlangen ist keineswegs mit bloßer Einwilligung zu verwechseln.[1] Hälschner[2] sagt zwar ausdrücklich: „Es genügt nicht, daß der Getötete mit Gleichmut dem Tode entgegensah oder den Wunsch zu sterben äußerte, sondern er muß die Tötung verlangt haben". Nichtsdestoweniger betont er, daß dieses Verlangen durchaus nichts anderes sei als Einwilligung. Auch Ortmann[3] will Einwilligung und Verlangen identifizieren aus folgenden Gründen: Im revidierten sächs. Strafgesetzbuch von 1868, aus welchem § 216 wörtlich adoptiert ist,[4] stand der § 216 entsprechende Art. 157 unter der Überschrift „Tötung eines Einwilligenden". Ebenso bezeichnen die Motive zum revidierten Entwurfe unseres Strafgesetzbuches die in § 216 bedrohte Handlung als „die Tötung eines Einwilligenden".

---

[1]) vgl. Olshausen § 216,2; Oppenhoff Nr. 2; Schwarze, Rüdorff Nr. 4.

[2]) Das gemeine deutsche Strafrecht Bd. 2 S. 55.

[3]) G. A. Bd. 25 S. 117ff.

[4]) Schwarze im GS. Bd. 34 S. 399 und Komm. § 216.

Ferner ist in § 142 Abs. 2 gleichfalls der Ausdruck Verlangen gebraucht, und es ist, wie Ortmann richtig betont, doch ohne Einfluß auf die Strafbarkeit des Täters, ob der zu verletzende Wehrpflichtige bat, die verstümmelnde Handlung vorzunehmen, oder ob der Täter mit dem Anerbieten an ihn herantrat.

Was diesen letzteren Punkt anbetrifft, so ergibt sich schon aus dem Inhalt des § 142 Abs. 2, daß der Täter in gleichem Maße bestraft werden muß, gleichgültig ob die Verstümmlung auf „Verlangen" oder „Einwilligung" erfolgt ist.[1] Denn der Täter hat in beiden Fällen in Rechtsgüter eingegriffen, über die der Staat ganz allein zu verfügen hat. Es handelt sich hier um ein speziell qualifiziertes Delikt, das lediglich wegen seines Erfolges bestraft wird, gleichviel aus welchem schuldhaften Grunde er eingetreten ist. Es ist gar kein Grund vorhanden, hier die Rechtsverletzung nach „Verlangen" oder „Einwilligung" zu differenzieren.[2]

Gerade aus dem Umstand, daß der Gesetzgeber sonst von Einwilligung, im Text des § 216 aber von Verlangen spricht, zieht Hartmann den m. E. richtigen Schluß, daß der Gesetzgeber hier nicht eine schlichte einfache Einwilligung für genügend erachtet. „Es wäre auch hier nicht verständlich, warum sich der Gesetzgeber dann dieses Ausdrucks (Einwilligung) nicht bedient hätte, sondern plötzlich von Verlangen redet, obwohl er stets das Wort Einwilligung gebraucht, um so mehr, da der Art. 157 sächs. StGB. von 1868, dem der § 216 wörtlich entlehnt ist, die Überschrift ‚Tötung eines Einwilligenden' trägt."

Der Unterschied zwischen „Einwilligung" und „Verlangen" beruht auf dem „Interesse". Nur der Interessent verlangt. Er ist es, dessen Entschluß maßgebend ist, während bei der Einwilligung der Einwilligende eine fast passive Rolle spielt; er hat nur nichts dagegen, während im Verlangen stets ein positives Streben sich ausdrückt. Der Unterschied zwischen Einwilligung und Verlangen ist ein Unterschied in der Qualität bezw. Intensität des Willens.

Formale Momente spielen bei der Entscheidung der Frage, ob Einwilligung oder Verlangen vorliegt, m. E. gar keine Rolle.

---

[1]) Olshausen § 142, 5.

[2]) Hartmann bei Grünhut S. 740ff.

Gleichgültig ist es, von wem die Initiative zu dem Entschluß des Tötens ausgeht. Die abweichende Meinung Rüdorffs,[1] der auch Einwilligung und Verlangen unterscheidet, ist unbegründet; denn wenn ein schwer verwundeter Soldat auf dem Schlachtfelde seinen Kameraden bittet, ihn von seinen Qualen zu erlösen, und dieser tut es, dann ist kein Zweifel, daß hier ein geradezu typischer Fall für die Anwendung des § 216 gegeben ist. Fragt nun aber der Täter den Verletzten, dessen Lage ihn erbarmt, ob er ihm den letzten Liebesdienst erweisen darf, und nickt dieser dankbar zu, dann soll sich auf einmal der Täter nach § 216 in einen regelrechten Mörder nach § 211 verwandeln?

Der Wunsch des Verletzten ist doch in beiden Fällen der gleiche, Erlösung von seinen Leiden. Warum daher der meist vom Zufall abhängige oder nur durch besonderes Mitleid bedingte Umstand, das Anerbieten des Täters, eine solche juristische Bedeutung haben soll, ist nicht ersichtlich. Wenn man den Unterschied zwischen „Einwilligung" und „Verlangen" lediglich in der Form sieht, kommt man allerdings zu so unbilligen Ergebnissen wie Wiebeck (S. 49), der in einem solchen Falle den Soldaten als Mörder bestrafen will.

Das Verlangen muß ferner ausdrücklich und ernstlich sein. „Ausdrücklich" ist jedes Verlangen, welches durch Worte oder durch unzweideutige Gebärden kundgetan wird.[2]

Es muß sich also im Verlangen der Wille, getötet zu werden, kundtun. Dem Wortlaut des Gesetzes geradezu widersprechend wäre es, aus konkludenten Handlungen auf den Wunsch, getötet zu werden, zu schließen. Ortmann[3] nimmt zwar an, daß der Lebensüberdrüssige dann seinem Leben die ethische Eigenschaft eines Rechtsgutes benimmt, wenn er eine Handlung begeht, durch die er die Umwandlung seines animus vivendi in das Gegenteil auch äußerlich offenbart. Trotzdem gibt er aber zu, daß es ungerechtfertigt sein würde, wenn man annehmen wollte, „daß einen in seine Tötung Willigenden jede beliebige Person (man denke

---

[1]) § 216 Abs. 4.

[2]) Olshausen § 216, 2; Frank III, 1.

[3]) G. A. Bd. 25 S. 119 bezw. 108.

nur an die gegenseitige Tötung von Liebespaaren), oder daß ihn die zur Tötung aufgeforderte Person auf eine seinem Willen zuwiderlaufende Weise töten könne, ohne dadurch die auf das Rechtsverbrechen des Mordes gesetzte Strafe zu verwirken".[1])

Also ist auch nach Ortmann derjenige, der jemanden, welcher in unzweifelhaft selbstmörderischer Absicht im Begriffe steht, sich ins Wasser zu stürzen, erschlägt, selbst wenn der Lebensüberdrüssige ohne eine Spur von Widerstand oder ohne Fluchtversuch dies geschehen läßt, nicht nach § 216, sondern nach den allgemeinen Bestimmungen des § 211 zu bestrafen. Eine derartige Anwendung entspricht nicht nur dem Wortlaut, sondern auch dem Sinn des § 216. § 216 ist, wie wir aus den Reichstagsverhandlungen des Norddeutschen Bundes (1870) 34. Sitzung, ersehen, statuiert worden, um gerade den gemeinen Mord oder Totschlag von denjenigen Fällen zu sondern, in welchen für derartige Delikte nicht rohe Instinkte, sondern gerade edlere Gemütsregungen, wie Mitleid und Liebe, die treibenden Kräfte waren.

Diese Folgerungen aber ergeben sich zum Teil bereits aus dem Erfordernis des bloßen Verlangens, das, wie wir gesehen haben, gleichbedeutend mit einem positiven Wollen, einem Begehren ist. Ein solches kann eben nur „ausdrücklich", sei es wörtlich, sei es durch Gebärden, kundgetan werden. Wir müssen daher v. Liszt hierin recht geben, wenn er[2]) sagt, daß in § 216 der Wortlaut „ausdrücklich" teils überflüssig, teils verfehlt ist.

Unrecht hat v. Liszt[3]) aber, wenn er behauptet, daß auch das Erfordernis der Ernstlichkeit verfehlt ist. Selbstverständlich fällt eine Tötung auf ein erkennbar scherzhaftes Verlangen nicht unter § 216, sondern unter die allgemeinen Bestimmungen der §§ 211 ff. Der Ausdruck „ernstlich" in § 216 bedeutet mehr als das Gegenteil von scherzhaft. Er bedeutet „ernst zu nehmen" im objektiven Sinn. Also scheidet von vornherein das im Trunk ausgesprochene[4]) wie auch das offenbar unüberlegte Verlangen[5]) aus.

---

[1]) Ortmann a. a. O. S. 109.

[2]) In Vergl. Darst. Bes. Teil Bd. 5 S. 130.

[3]) v. Liszt in Vergl. Darst. ebenda.

[4]) Schaper in H. H. Bd. 2 S. 130.

[5]) Schwarze Nr. 3 zu § 216.

Olshausen[1]) und v. Liszt[2]) verstehen unter ernstlichem Verlangen das „freie, zurechnungsfähige Verlangen eines Erwachsenen".[3]) Oppenhoff,[4]) Rüdorff[5]) und Hälschner[6]) sind gleichfalls der Ansicht, daß ein Geisteskranker ein ernstliches Verlangen nicht stellen könne. Frank[7]) hingegen und Holtzendorff,[8]) ferner Binding[9]) und H. Meyer-Allfeld[10]) halten auch den Geisteskranken für fähig, „ernstlich" verlangen zu können, und zwar m. E. mit Recht. Denn der arme Geisteskranke kann nach dem Stande der heutigen medizinischen Wissenschaft sehr wohl in seinen lichten Augenblicken seines elenden Loses sich bewußt werden. Seine Bitten, ihn z. B. bei Paralyse vor langsamer, aber sicher herankommender Verblödung und einem qualvollen Tode zu retten, sind gewiß nicht minder ernst zu nehmen als die Bitten eines Lebensüberdrüssigen.

v. Liszt (S. 309) will zur Beurteilung der Fähigkeit, ein ernstliches Verlangen zu stellen, die strafrechtlichen Grenzen von 12 bezw. 18 Jahren aufrechterhalten. Schaper[11]) will sogar den zivilistischen Begriff der Volljährigkeit heranziehen. Es handelt sich doch in unseren Fällen um keine rechtsgeschäftliche Einwilligung!

Keßler[12]) sagt hierzu: „Viel näher als die der Großjährigkeit würde die der Antragsmündigkeit nach § 65 StGB. liegen. Bei der tiefgehenden Verschiedenheit von Antrags- und Einwilligungsbefugnis würde aber auch diese Analogie auf Willkür hinauslaufen. Zudem erscheint es sehr fraglich, ob der Gesetzgeber nicht absichtlich und mit gutem Grunde die Altersgrenze unbestimmt

---

1) § 216, 2.
2) Lehrb. S. 309.
3) Ebenso Katzenstein in ZStW. Bd. 24 S. 550.
4) Nr. 4 zu § 216.
5) Nr. 4 zu § 216.
6) Bd. 2 S. 56 Anm. 1.
7) II, 2 zu § 216.
8) Handb. Bd. 3 S. 447.
9) Deutsches Strafrecht Bd. 1 S. 35.
10) S. 372 Anm. 6.
11) H. H. a. a. O.
12) Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung S. 102.

gelassen habe. Im Gebiete des Zivilrechts ist zur Sicherung des Rechtsverkehrs eine feste Grenze unbedingt notwendig, bei der strafrechtlichen Einwilligungsbefugnis würde sich nur das Gewaltsame, nicht aber das Wohltätige einer solchen Fixierung fühlbar machen".[1]) Nichtsdestoweniger hält Keßler doch nach unten eine Fixierung für notwendig, und zwar nimmt er das 7. Lebensjahr als Grenze.[2]) Aber auch dies scheint bedenklich. Von einzelnen Autoren[3]) wird ein ernstliches Verlangen im Sinne des § 216, auch wenn es ein Unmündiger unter 7 Jahren stellt, für durchaus möglich gehalten, mag es auch nur selten vorkommen. Wie, wenn ein Vater sein unrettbar krankes sechsjähriges Kind, das in gräßlichen Schmerzen windend um den Tod fleht, tötet, soll es dann einen rechtlichen Unterschied machen, ob das Kind 6 oder 7 Jahre ist?[4])

Das Gesetz hat für derartige Fälle eben keine Grenze gezogen, und es ist durchaus kein Grund vorhanden, eine solche künstlich zu errichten. Nicht das Alter, sondern die entsprechende geistige Reife ist entscheidend für die Frage, wer „ernstlich" verlangen kann, getötet zu werden. Ein Irrtum des Täters in bezug auf die geistige Reife oder Ernsthaftigkeit des Verlangens wird eine Beurteilung nach § 216 nicht hindern; denn der dolus des Täters, welcher ein ernstliches Verlangen bei dem zu Tötenden voraussetzt, erstreckt sich nur auf die Tötung, „insofern diese mit dem Verlangen des Getöteten selbst übereinstimmt".[5])[6]) Und die irrtümliche Annahme strafmindernder Umstände muß zu deren Zurechnung führen, da der Täter die Tat nicht in dem Umfange wollte.

Denn das Gesetz straft nicht nur die Tat, sondern berücksichtigt auch den Willen, dem die Tat entsprang. „Wie daher

---

[1]) Ebenso Breithaupt, Volenti non fit iniuria S. 20/21.

[2]) Ebenso Katzenstein in ZStW. Bd. 24 S. 550.

[3]) vgl. H. H. Bd. 3 S. 447.

[4]) vgl. Jeselsohn S. 41.

[5]) Olshausen § 216 Nr. 4; ebenso Buri im GS. Bd. 27 Beil. S. 200. Nach Binding, Handb. S. 721 und Lehrb. Bd. 1 S. 34 ist der Tötungsvorsatz des § 216 allerdings derselbe wie in §§ 211 ff., da eben für ihn das Delikt aus § 216 nichts weiter als ein privilegierter Mord bezw. Totschlag ist.

[6]) H. H. Bd. 3 S. 447.

das Gesetz nach § 59 die Unkenntnis des Vorhandenseins von Tatumständen, welche zum gesetzlichen Tatbestand gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, dem Täter nicht anrechnet, so kann umgekehrt dem Täter die Tatsache, daß die die Strafbarkeit mildernden oder ausschließenden Umstände mangeln, während er sie irrtümlich als vorhanden annahm, nicht zur Last gelegt werden; und auch hier ist ihm die Handlung nur in dem rechtlichen Werte zuzurechnen, in welchem sie beabsichtigt war."[1] Schwarze[2] will sogar in einem solchen Falle völlige Straflosigkeit eintreten lassen. Dieser Ansicht ist m. E. nicht beizustimmen. Glaubt Schwarze vielleicht, daß das Objekt für die Handlung des § 216 mangels des Verlangens untauglich war und ebenso wie nach der herrschenden Lehre der Versuch am untauglichen Objekt straflos bleibt, dies vollendete Delikt straflos bleiben muß?[3] Ein vollendetes Tötungsdelikt liegt doch auch im Falle eines Irrtums des Täters vor, es fragt sich nur welches. Nach Hälschner[4] würden wir die Tat nach § 216 beurteilen. Die Ansicht Schwarzes kann keineswegs dem Sinne des Gesetzes entsprechen. § 216 ist ein privilegiertes Delikt. Verstößt nun der Täter gegen die Voraussetzungen der Privilegierung aus Fahrlässigkeit, dann soll nicht nur die Tat nach den nichtprivilegierten schärferen Bestimmungen nicht gerichtet werden, sondern es soll sogar aus dem Verschulden des Täters sich völlige Straflosigkeit ergeben?

Der Täter muß ferner durch das Verlangen des Getöteten bestimmt worden sein. Daß dies Bestimmtwerden analog Angestiftetwerden ist, darüber ist in der Literatur Einigkeit. Olshausen,[5] Rüdorff,[6] Keßler (S. 82), Breithaupt (S. 51) und Schütze (S. 381) sind der Ansicht, daß das Verlangen das einzige bestimmende Motiv zur Tötung sein müsse. Ortmann[7])

---

[1]) Hälschner Bd. 1 S. 272; ebenso H. Meyer, Lehrb. S. 160.

[2]) Anm. 5 zu § 216.

[3]) Nach Roedenbeck S. 44 würde man allerdings zu dieser Konsequenz kommen müssen.

[4]) Bd. 1 S. 272.

[5]) § 216 Nr. 3.

[6]) Nr. 5.

[7]) G. A. Bd. 25 S. 118.

ist allerdings anderer Ansicht, ja er geht so weit, zu behaupten, daß der Täter dann nicht aufhört, Angestifteter zu sein, wenn er dem Getöteten auf halbem Wege entgegenkam oder gar denselben zur Äußerung des Verlangens erst verlockte. Indessen werden wir der herrschenden Ansicht folgen, denn „sieht man die Worte des Gesetzgebers unbefangen an, so ist der Sinn deutlich genug. Es muß die dringende, inständige Bitte des Getöteten der einzige Grund gewesen sein, der den Tötenden zu der Handlung bewogen hat“.[1])

Einzig berechtigt, d. h. im Sinne des § 216, einen Verlangenden zu töten, ist natürlich nur derjenige, an welchen das Verlangen gerichtet ist. Nun sind aber sehr wohl Fälle denkbar, in welchen der Verlangende gar keine rechte Vorstellung haben kann von demjenigen, an welchen er seine Bitte richtet. Der schwerverwundete Soldat bittet vorüberziehende Truppen um den Tod, der verbrühte Schiffsheizer Passagiere und Schiffsmannschaft, der vom Bau gefallene Maurer die umstehenden Passanten. Tötet nun irgendein Soldat, Passagier oder Passant den Leidenden, so kommt auch ihm m. E. die Wohltat des § 216 zustatten. Denn es entspricht zweifellos dem Willen des Leidenden, überhaupt nur getötet zu werden, gleichgültig von wem.

§ 2.

Der Unterschied zwischen Beihilfe zum Selbstmord und Täterschaft aus § 216.

In vielen Fällen wird es aber zweifelhaft sein, ob wir es mit einer selbständigen Täterschaft aus § 216 oder nur mit einer straflosen Beihilfe zum Selbstmord zu tun haben. Wodurch unterscheidet sich nun der Täter bezw. der Mittäter vom Gehilfen?[2]) Unbestritten ist es, daß der Mittäter, der für unser

---

[1]) Keßler S. 82.

[2]) Mittäterschaft ist beim Selbstmord begrifflich ein Unding. In unserem Falle kann es sich nur um Beihilfe zum Selbstmord oder Täterschaft aus § 216 handeln. Binding (Handb. Bd. 1 S. 702) will bei der „sogen.“ Mittäterschaft am

Problem lediglich in Betracht kommt, die Tat als eigene will, während der Gehilfe nur das Tun eines Dritten fördert. Aber worin zeigt es sich, daß man eine Tat als eigene oder fremde will? Die Stenographischen Berichte [1]) sagen hierüber: „Der Entwurf habe geglaubt, daß der wesentliche Charakter der Mittäterschaft in der gemeinschaftlichen Ausführung der Tat seinen vollen Ausdruck findet, indem hierbei nicht sowohl lediglich das rein äußerliche Moment der gemeinschaftlichen Tätigkeit bei Ausführung der Tat, sondern auch und vorzugsweise der Charakter der Mitwirkung des einzelnen bei der Ausführung in das Auge gefaßt und hiernach bestimmt werde, ob die Tat selbst in ihrer Ausführung als eine gemeinschaftliche sich darstellt. Während die Mitwirkung des Gehilfen sich dadurch kennzeichnet, daß sie die Tat selbst als die eines Dritten behandle, zu welcher die Hilfe geleistet werde, sei die Mitwirkung des Mittäters aus der Absicht entsprungen, die Tat als seine eigene beziehentlich als die seiner Komplicen zu unterstützen und zur Vollendung zu bringen. Nicht sowohl das Maß und die Bedeutung der Mitwirkung zu der Tat als vielmehr die Absicht, aus welcher sie entsprungen, werde nach wie vor das wesentliche entscheidende Moment bilden".[2])

Somit wäre der Arzt, welcher dem Schwerleidenden auf dessen ernstliches Verlangen ein Gift nur bringt, nach § 216 strafbar, selbst wenn der Kranke das Gift in Abwesenheit des Arztes, ohne dessen Zutun einnimmt. Im Gegensatz zu dieser Auffassung halten die Mitwirkung für ebenso wesentlich als die Absicht: Wachenfeld,[3]) wohl auch Wächter,[4]) ferner Kobner,[5])

Selbstmord den Mittäter wegen eines vollendeten oder versuchten Mordes bezw. Totschlags strafen. Binding übersieht das Moment der Einwilligung und somit die Bestimmung des § 216. Selbst wenn wir bei Selbstmord eine Mittäterschaft annehmen (vgl. Binding ebenda S. 701), kann diese Mittäterschaft nur mit dem Delikt gegen § 216 identisch sein.

[1]) Bd. 1 S. 326, zit. RG. Bd. 2 S. 160.

[2]) Ebenso RG. Bd. 3 S. 181, Bd. 26 S. 345, 351, Bd. 28 S. 305.

[3]) Holtzendorff-Kohlers Enzykl. Bd. 2 S. 272/73.

[4]) Deutsches Strafrecht S. 244.

[5]) Deutsches Strafrecht S. 63.

v. Liszt,[1] Berner,[2] Meyer-Allfeld,[3] Hugo Meyer (S. 235), Geyer (S. 136), Schütze (S. 148/49).

„Die Betätigung an der Ausführungshandlung selber, die Gemeinsamkeit dieser Tätigkeit und das entsprechende Bewußtsein und Wollen bilden die Merkmale der Mittäterschaft.“ [4])

„Das Zusammenwirken muß die Ausführung des Delikts betreffen. Wenn in gegenseitigem Einverständnisse ein Beteiligter nur eine Vorbereitungshandlung vornimmt oder während der Ausführung des Verbrechens nur Beistand leistet, der andere dagegen die Ausführung allein besorgt, so kann offenbar nicht von einem ‚gemeinschaftlichen Ausführen‘ die Rede sein.“[5])

Guderian[6]) zieht aus der Art und Weise der Betätigung die Schlüsse, ob Mittäterschaft oder Beihilfe vorliegt. Sonach kann derjenige, der in bestimmter Weise mitgewirkt hat, z. B. durch Beschaffen von Werkzeugen, Bereitung der Mittel, Hinwegräumen von Hindernissen, nie Mittäter, sondern nur Gehilfe sein. Und zwar nur darum, weil sich eben aus der betreffenden Handlung ergeben soll, daß ein geringerer Grad von verbrecherischer Energie vorliegt als bei unmittelbarer Täterschaft bezw. Mittäterschaft. Dies ist aber unrichtig; denn oft gehört zur Vorbereitung einer Handlung mehr verbrecherische Energie als zur bloßen Ausführung. Es gibt Verbrechen, die monatelang sorgfältig vorbereitet werden müssen, deren Ausführung aber in einem einfachen Fingerdruck besteht. Guderian (S. 29) sieht das wesentliche Unterscheidungsmerkmal zwischen Gehilfenhandlung und Täterschaft darin, daß erstere nie selbständige Bedeutung haben, nie ein selbständiges Delikt bilden könne, während die Handlung des Mittäters bestehen bleibt, auch wenn die Strafbarkeit der Handlung eines anderen Mittäters ausgeschlossen ist. Aus § 49 ergibt sich aber eine solche Definition keineswegs. Es ist sehr wohl eine Handlung denkbar, die ein selbständiges Verbrechen bildet, aber zu einer

---

[1]) Lehrb. 18. Aufl. S. 225.

[2]) Lehrb. S. 161.

[3]) Lehrb. S. 197.

[4]) Schütze S. 148/49.

[5]) Merkel S. 142.

[6]) Die Beihilfe zum Selbstmord und die Tötung des Einwilligenden S. 26.

anderen in einem so festen, unzertrennlichen Verhältnis steht, daß sie nur als Gehilfenhandlung zu betrachten ist. Wer ein Loch in die Wand schlägt, damit der Dieb hindurchschlüpft, begeht doch zweifellos ein selbständiges Delikt, Sachbeschädigung. Im Verhältnis zu dem Diebstahl erscheint diese Handlung aber als Mittäterschaft oder Beihilfe. Die Gehilfentätigkeit läßt sich unseres Erachtens definieren als die Tätigkeit, welche mit der zu begehenden strafbaren Handlung in gewolltem Zusammenhang steht und sie zu fördern geeignet ist, jedoch bei Ausbleiben der auf unmittelbare Ausübung des Verbrechens gerichteten Tätigkeit jeden strafrechtlichen Zusammenhang mit dem Verbrechen verliert. Bedeutung hat die Gehilfenhandlung dann nur insoweit, als sie an sich den Tatbestand einer strafbaren Handlung erfüllt.

Kohler[1]) will sogar unter Umständen den Vorbereitungshandlungen den Charakter von Mittäterschaftshandlungen beilegen.

„So kann jemand, welcher bloß eine Vorbereitungshandlung begeht, doch als voller Mittäter erscheinen, wenn er die geistige Seele des Unternehmens ist und zugleich auf die Psyche des anderen nicht anstiftend, aber steigernd eingewirkt hat."

Dies widerspricht dem klaren Gesetzestext des § 47, in welchem von gemeinschaftlichem Ausführen der Handlung die Rede ist.

Also kommen wir zu dem Ergebnis, daß der Arzt, der seinem Kranken Gift besorgt, ohne es ihm einzuflößen, nur Beihilfe zum Selbstmord leistet. Anders ist es hingegen, wenn der Arzt dem Leidenden das Gift einflößt. Wir stimmen also mit Rubo überein[2]): „In Ansehung der Hilfeleistung zum Selbstmord bleibt zu beachten, daß jede die gewollte Tat unmittelbar herbeiführende Handlung (aber auch nur diese) nicht mehr Hilfeleistung, sondern bereits Täterschaft ist".

---

[1]) Bd. 1 S. 98.

[2]) § 211 Nr. 5.

B. Hauptteil.

§ 3.

Der Begriff des Versuchs und die verschiedenen für die Tötung auf eigenes Verlangen in Betracht kommenden Versuchsarten.

Wie sich aus unserem Thema ergibt, handelt es sich um eine Versuchshandlung. Um strafrechtliche Bedeutung zu haben, muß nach der Versuchsdefinition des § 43 Abs. 1 vorliegen:

1. der Entschluß, ein Verbrechen oder Vergehen zu begehen,
2. Handlungen, welche durch diesen Entschluß diktiert werden und einen Anfang der Ausführung des Verbrechens enthalten.

Der Entschluß ist in all den Fällen, welche in den Rahmen unseres Themas fallen, ohne weiteres offenbar. Fraglich ist es aber, wann wir es mit Handlungen zu tun haben, welche einen „Anfang der Ausführung" im Gegensatz zu den strafrechtlich belanglosen Vorbereitungshandlungen bilden. Welches sind die Kriterien der Vorbereitungs- bezw. Versuchshandlung?

v. Liszt[1]) verwischt völlig den Unterschied zwischen Vorbereitungs- und Versuchshandlung, indem er lediglich die Unterschiede in der größeren oder kleineren Entfernung des Geschehenen von der Vollendung sieht. In diesem Sinne bezeichnet er auch die straflose Vorbereitungshandlung als entferntere Versuchshandlung (wie es im gemeinen Rechte üblich war), welche er den näheren strafbaren „Versuchshandlungen im engeren Sinne" entgegenstellt. Da für v. Liszt das Unterscheidungsmerkmal nicht im Wesen der Sache, sondern zeitlich begründet ist, hat natürlich für ihn die Regelung, die das Strafgesetzbuch getroffen hat, indem

---

[1]) v. Liszt, Lehrb. 17. Aufl. S. 202.

es den Versuchsbegriff untrennbar mit dem Beginn der Ausführung verknüpfte, etwas Erzwungenes.[1])

Aber Baumgarten[2]) weist sehr richtig darauf hin, daß in der Ausführung, welche das Gesetz als Grenzlinie zwischen Versuch und Vorbereitung gesetzt hat, durchaus kein späteres Stadium der Entwicklung der Vorbereitung zu erblicken ist, sondern etwas wesentlich anderes, etwas Neues. „In Wirklichkeit trennt eine prinzipielle Grenzlinie beide Teile des Versuchsbegriffs. Nur mit dem Anfang der Ausführung beginnt der objektive Tatbestand und die kriminelle Seite des Versuchs.“ Frank[3]) hält eine scharfe Abgrenzung nicht für möglich. Als allgemein maßgebend stellt er die Formel auf, daß ein Anfang der Ausführung in allen Tätigkeitsakten zu finden ist, welche vermöge ihrer notwendigen Zusammengehörigkeit mit der Ausführungshandlung für die natürliche Auffassung als deren Bestandteile erscheinen.

Es kommt hier aber m. E. nicht darauf an, ob sie für die natürliche Auffassung als Bestandteile der Ausführungshandlung erscheinen, sondern lediglich darauf, ob sie rechtlich mit der Ausführungshandlung in Verbindung stehen. Daher müssen wir m. E. Olshausen[4]) und Oppenhoff[5]) beistimmen, welche in einer Handlung dann einen Anfang der Ausführung sehen, wenn die Tätigkeit bereits eine zum gesetzlichen Tatbestand des Verbrechens zugehörige Handlung selbst betrifft.[6])

In praktischer Beziehung zu demselben Ergebnis kommt v. Bar,[7]) indem er unter Ausführungshandlung nur die äußere, auf die Vollendung des Verbrechens abzielende Tätigkeit versteht, „welche in kontinuierlichem Zusammenhang von Mittel und Zweck, Ursache und Wirkung mit der Vollendung des Verbrechens gedacht ist“.

---

[1]) Dieselbe Auffassung drückt v. Liszt in der 18. Auflage, nur wesentlich undeutlicher aus.

[2]) Baumgarten, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen S. 287 ff.

[3]) § 43 II, 3.

[4]) § 43 Nr. 14.

[5]) § 43 Nr. 6.

[6]) Ebenso RG. Bd. 9 S. 81, Bd. 6 S. 46, Bd. 11 S. 56.

[7]) Zur Lehre vom Versuche und der Teilnahme am Verbrechen S. 28.

Aber nicht nur in objektiver Hinsicht, in bezug auf die Tat in ihrer äußeren Erscheinung, sondern auch in subjektiver Beziehung unterscheidet sich die Vorbereitungshandlung von der Versuchshandlung. Die Straflosigkeit der Vorbereitungshandlung basiert im letzten Grunde darauf, daß der verbrecherische Wille sich meist noch nicht entschieden kundgegeben habe, und selbst in dem Falle, daß an der Entschiedenheit des Willens nicht gezweifelt werden kann, immerhin noch die Möglichkeit besteht, daß der Täter seinen Willen ändert, und so seinen getroffenen Anstalten jegliches strafrechtliches Interesse nimmt.[1]) Denn „Gegenstand der Strafverfolgung kann nur ein objektiver Tatbestand sein, welcher bei dem vollendeten Verbrechen in der Verletzung des Rechtsgutes, bei dem Versuche in dem Angriff auf dasselbe besteht".[2])

Der Vorsatz ist ein unbedingt notwendiges Erfordernis des Versuchsbegriffs. Wir können daher H. Meyer (S. 206) nicht beistimmen, der es für unnötig hält, daß bei dem Anfang der Ausführung der Vorsatz mit hinreichender Deutlichkeit aus der Handlung hervorgeht. Auch muß sich die Handlung schon als Angriff auf das betreffende Rechtsgut darstellen.[3]) „Denn in Ansehung einer Mißtat sind Ausführungshandlungen nur diejenigen, aber auch alle diejenigen Handlungen, durch deren Begehung die Tatbestandsmerkmale unmittelbar herbeigeführt werden,[4]) Vorbereitungshandlungen dagegen diejenigen Handlungen, welche überhaupt bloß zur Ermöglichung oder Erleichterung der Ausführungshandlung dienlich sind."[5])

Allerdings bedarf es zum Begriff des Versuchs nicht des Anfangs aller zum Tatbestand erforderlichen Handlungen, sondern es genügt der Anfang eines Teiles derselben in der Absicht, sie alle auszuführen, sonst wäre auch der Versuch bei Verbrechen mit

---

[1]) Schwarze, Komm. S. 100; ders. in H. H. Bd. 2 S. 277; ebenso Mittermaier im GS. Bd. 9: „Die rechtliche Bedeutung des Ausdrucks, Anfang der Ausführung zur Bezeichnung des Anfangspunktes des Versuches, mit Rücksicht auf die Rechtsprechung in den deutschen Staaten".

[2]) Baumgarten, Versuch S. 386/87.

[3]) Abw. H. Meyer.

[4]) Rubo § 43 Nr. 7.

[5]) Köstlin S. 233.

komplizierterem Tatbestand nur in den seltensten Fällen, beim sogen. vollendeten, aber mißlungenen Versuch möglich.

Als unrichtig müssen wir es bezeichnen, wenn der Schwerpunkt des Versuchs ganz ins Subjekt verlegt wird. So ist Köstlin[1]) der Ansicht, daß es einzig darauf ankomme, dem Täter nachzuweisen, daß der betreffende Akt bereits mit der bestimmten Absicht, ein bestimmtes Verbrechen zu begehen, den innerlich abgeschlossenen Plan dazu ins Werk zu setzen, vorgenommen worden sei. Konsequent muß er dann zugeben, daß dies auch schon bei den sogen. Vorbereitungshandlungen der Fall sein kann. Dies würde aber dem Gesetze widersprechen, welches ja nicht nur die Bestätigung eines Entschlusses durch Handlungen, sondern ausdrücklich durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung bilden, erfordert.

Wille und Tat ergeben, wie wir sehen, erst den gesetzlich erforderten Begriff des Versuchs. Beide müssen derart zum Ausdruck kommen, daß aus den Bruchstücken, die sie uns bieten, bereits auf die Tat unzweideutig geschlossen werden kann. Wir werden daher Kohler[2]) beistimmen: „Das Wesen des strafbaren Versuchs besteht hierin, daß der Wille mit seiner individuellen Eigenart in der Tat seinen Ausdruck gefunden hatte. Denn das Wesentliche ist, daß der Wille sich in die Tat umgesetzt hat. Und diese Umsetzung muß so weit gediehen sein, daß die deliktische Bestrebung bereits in individueller Gestalt zur Ausprägung gelangt ist. Es genügt ein Rohbild der Tat, aber das Rohbild muß bereits die Züge der Tat zeigen“.[3]) Nicht nötig ist, daß durchaus nur ein beendigter Versuch vorliegen muß.[4]) Körperverletzungen sind sehr wohl möglich, auch wenn der auf die Tötung abzielende Akt noch nicht vollendet ist. Z. B. A versucht, dem B auf dessen ernstliches Verlangen die Kehle durchzuschneiden. Während des Schnittes macht B ein Zeichen zum Aufhören, welchem A gehorcht. Hier

---

[1]) Ebenso bezüglich der Ausführungshandlung Zachariae S. 203; Berner S. 138; v. Liszt § 31.

[2]) Studien Bd. 1 S. 17.

[3]) Ähnlich Klee, Wille und Erfolg in der Versuchslehre, in Strafrechtl. Abhandl. Heft 14.

[4]) And. M. Wiebeck S. 12.

ist der Versuch noch nicht beendet und trotzdem eine Körperverletzung erfolgt.

Es kann für uns sogar, obwohl dies allerdings nur sehr selten der Fall sein wird, der Versuch mit untauglichen Mitteln in Betracht kommen, z. B. der Täter gibt dem zu Tötenden eine Flüssigkeit, die er irrtümlicherweise für Gift hält, die aber nur geeignet ist, Übelkeit zu erregen. Das Reichsgericht würde in einem solchen Falle stets Bestrafung eintreten lassen,[1]) da es auf dem Standpunkte der sogen. subjektiven Theorie steht und also den Schwerpunkt auf den verbrecherischen Willen legt. Die herrschende Lehre unterscheidet zwischen relativer und absoluter Untauglichkeit, d. h. zwischen einem Mittel, das im allgemeinen die beabsichtigte Wirkung hervorzubringen imstande ist und nur in dem betreffenden Falle versagt, und einem Mittel, welches auf keinen Fall zum Erfolg führen kann. Eine dritte Meinung vertritt v. Liszt, der das Kriterium für die Strafbarkeit des Versuchs in der Gefährlichkeit sieht. v. Liszt steht mit dieser seiner Ansicht ganz vereinzelt, und auch wir vermögen ihm nicht beizustimmen, da der Begriff der Gefährlichkeit selbst zu unentschieden und für jeden Fall zu verschieden ist, als daß er als Norm genommen werden könnte.

§ 4.

Die Vergehensnatur des § 216.

Die Frage, ob der Versuch im Falle des § 216 als Körperverletzung bestraft werden kann, wird gegenstandslos, wenn die Versuchshandlung bereits als solche zu bestrafen ist. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn die in § 216 mit Strafe bedrohte Handlung sich als kein Vergehen, bei welchem ja der Versuch nur bei ausdrücklicher Bestimmung strafbar ist (§ 43 Abs. 2), sondern als Verbrechen darstellt. Nach dem in § 1 statuierten Merkmal ist die gegen § 216 verstoßende Handlung als Vergehen zu bezeichnen. Trotz dieser anscheinend so klaren Gesetzesbestimmung ist die Vergehensnatur des § 216 keineswegs allgemein anerkannt. Frank nimmt gerade im Gegensatz zu den früheren Auflagen

[1]) vgl. Buri in G. A. Bd. 25 S. 265ff.

in seinem neuesten Kommentar[1]) an, daß es sich hier um kein selbständiges Vergehen, ein delictum sui generis handeln kann, sondern vielmehr nur um ein privilegiertes Mords- bezw. Totschlagsverbrechen, und zwar stützt Frank seine Ansicht lediglich darauf, daß die für den Fall des § 212 in § 213 angeführten „anderen mildernden Umstände" nicht zugebilligt werden können, wenn man dem § 216 eine selbständige Stellung zuweist.[2]) Nun ist es allerdings sehr auffallend, daß bei einer Tötung, die gegen den Willen des Getöteten erfolgt ist, das Gesetz ein Herabgehen bis auf sechs Monate Gefängnis gestattet, während die ausdrückliche Bitte des Getöteten keinen derartigen mildernden Umstand darstellt. John ist der Ansicht, daß sich diese Disharmonie im Gesetz vernünftig überhaupt nicht erklären lasse. „Der Umstand, daß bei einem gewöhnlichen Totschlag auf sechs Monate herabgegangen werden kann, während bei Totschlag (denn auch dies kann vorkommen, obwohl die Tötung mit Überlegung den Regelfall bilden wird) auf ernstliches Verlangen die Strafe auf drei Jahre in die Höhe schnelle, könne nur auf einem Redaktionsfehler beruhen. Als der Reichstag dem § 208 (jetzt § 213) den Zusatz: ‚oder sind andere mildernde Umstände vorhanden' zufügte, hätte er übersehen, das Strafminimum in § 211 (jetzt § 216) gleichfalls auf sechs Monate zu beschränken."

---

[1]) 5.—7. Aufl. 1908.

[2]) Diese sicher unbefriedigende Konsequenz ziehen aber Binding, Lehrb. Bd. 1 S. 35 und Hartmann in Grünhuts Zeitschr. Bd. 27 S. 746 wie auch John in G. A. Bd. 25 S. 402 nicht. Diese nehmen vielmehr m. E. richtig an, daß der Hinzutritt der Einwilligung, die doch zweifellos mildernd wirkt, zu anderen mildernden Umständen unmöglich den Effekt haben kann, die strafmildernde Kraft deshalb zu neutralisieren, weil die Tötung nicht wider den Willen, sondern wegen des ausdrücklichen und ernstlichen Verlangen des Getöteten erfolgte. Thomsen in G. A. Bd. 30 S. 90 ist der Ansicht, daß § 216 nur dann zur Anwendung komme, „wenn die Richter der Tatfrage jenes Verlangen nicht als unter die zunächst zu berücksichtigenden ‚anderen mildernden Umstände'" des § 213 anerkennen sollten. Ebenso H. H. Bd. 3 S. 447. Dieser Ansicht können wir uns nicht anschließen. Denn aus der speziellen Bestimmung des § 216 geht m. E. deutlich hervor, daß der Gesetzgeber gerade dem Verlangen des Getöteten bezw. des zu Tötenden eine ganz andere Bedeutung zuerkennt als den „anderen mildernden Umständen" des § 213. Wenn also das Verlangen den einzig strafmildernden Umstand bildet, kommt nur § 216 in Betracht.

Es kann sich hier, sofern ein Redaktionsversehen wirklich vorliegt, nicht um ein reines, d. h. um ein „Redaktionsversehen von untergeordneter Hand“ handeln,[1]) sondern nur um ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers selbst. Unter Redaktionsversehen des Gesetzgebers ist jede, aber auch nur „jede mangelhafte Ausdrucksweise des gesetzgeberischen Gedankens zu verstehen“,[2]) also ein Nichtübereinstimmen zwischen dem Ausdruck und den Gedanken des Gesetzgebers. Nach Sontag (S. 14) lassen sich drei Arten Redaktionsversehen unterscheiden:

1. Der Gesetzgeber will seinem Gedanken den richtigen Ausdruck geben, verspricht oder verschreibt sich aber (vgl. § 119 Abs. 1 BGB.).

2. Der Gesetzgeber wählt einen seines Wissens zutreffenden Ausdruck für den Gedanken; allein seine Sprachkenntnis ist eine unvollkommene, es ergibt sich, daß das Wort den Sinn überhaupt nicht oder nicht in dem Umfang hat, den der Gesetzgeber ihm beilegte (vgl. § 119 Abs. 1 BGB.).

3. Die Differenz beruht im wesentlichen auf einer Flüchtigkeit, einem Versehen des Gesetzgebers; er hat entweder gar nicht oder nicht hinlänglich die Frage geprüft, ob der Ausdruck seinem Gedanken völlig entspreche, und die Folge dieser Fahrlässigkeit ist die „Inkongruenz“.

Für uns kann nur der letzte Fall in Betracht kommen. Hat der Gesetzgeber nur in der Flüchtigkeit den zweifelhaften Ausdruck „töten“ in Verbindung mit der Strafbestimmung gebraucht und ist die Folge dieser Flüchtigkeit dann die Inkongruenz der Strafbestimmungen der §§ 213 u. 216?

Keineswegs! Aus den Reichstagsverhandlungen ersehen wir, daß dem Gesetzgeber lediglich eine mit Überlegung ausgeführte Tötung vorgeschwebt hat. Aus den Motiven geht dieser Standpunkt des Gesetzgebers allerdings nicht hervor; aber die Reichstagsverhandlungen ergeben ein ganz unzweideutiges klares Bild. (Lasker spricht von „vertragsmäßigem Mord“; die Gegner Evelts begründen ihren Standpunkt damit, daß neben § 211 der § 216 überflüssig sei.) Es handelt sich hier um kein „Redaktions-

[1]) vgl. Sontag S. 13.

[2]) Ebenda S. 9.

versehen“, sondern um einen geradezu typischen Denkfehler des Gesetzgebers. Der im Augenblicke der Beschlußfassung vorhandene Gedanke, der allerdings in Widerspruch zu anderen Beschlüssen steht, hat seinen entsprechenden Ausdruck im Gesetze gefunden; der Gedanke (Tötung mit Überlegung) und Ausdruck („töten“ in Verbindung mit der hohen Strafe) decken sich nach den Absichten des Gesetzgebers völlig.

Ein Redaktionsversehen kann allenfalls nur in dem Fehlen der Worte „mit Überlegung“ in § 216 gefunden werden. Die Redaktionsversehen haben aber mit dem Denkfehler nichts zu tun.

Die bedauerliche Inkongruenz zwischen den Bestimmungen der §§ 213 u. 216 kann der Richter nicht beseitigen;[1]) ein derartiges Verfahren hieße den Richter über den Gesetzgeber stellen. Die Gesetze würden dann nicht mehr interpretiert, sondern korrigiert werden.[2])

Schwarze, der an der Schaffung des Strafgesetzbuchs sehr tätig mitwirkte, sagt uns in seinem Kommentar zu § 216 daher ganz mit Recht, daß keineswegs ein Redaktionsfehler vorliege.

Die Entstehungsgeschichte des § 216 legt ein deutliches Zeugnis dafür ab, daß man den Tatbestand des § 216 als selbständiges Delikt statuieren und nicht nur als einen minder schwer zu bestrafenden Mords- bezw. Totschlagsfall hervorheben wollte. Der Berichterstatter Evelt[3]) führte in der 34. Sitzung des Reichstags bei der Beratung des 2. Entwurfs eines Strafgesetzbuchs aus: „Ich glaube, daß es architektonisch viel besser aussieht, wenn ich den Mord als das schwerste und schärfste Privatverbrechen an die Spitze stelle, ohne mildernde Umstände hinzuzufügen, und dann als einzige, die Tötung eines Menschen bewirkende Tat, welche milder beurteilt werden kann, diese Tötung mit Bewilligung und auf ausdrückliches Verlangen des Getöteten als selbständiges Verbrechen folgen lasse. Aber, meine Herren, mir scheinen auch andere Gründe dafür zu sprechen, die Tötung des Einwilligenden nicht als eine Art mildernder Umstände beim Morde hinzustellen, sondern

---

[1]) Anders bei Redaktionsversehen; vgl. Sontag S. 31.

[2]) Ebenda S. 29.

[3]) Verhandl. d. Reichst. d. Nordd. Bundes Bd. 2 S. 656.

sie als selbständiges Verbrechen zu konstruieren. Meine Herren, wenn Sie dies nicht tun, sondern wenn Sie die Tötung des Einwilligenden nur als eine Art der mildernden Umstände beim Morde zulassen, so ist die Folge davon einfach die, daß in jedem einzelnen Fall es wieder Gegenstand der tatsächlichen Würdigung wird, ob überhaupt in der Einwilligung des zu Tötenden ein mildernder Umstand erblickt werden darf oder nicht ... Auf diese Weise werden Sie also nimmermehr die Möglichkeit ausschließen, daß die Geschworenen denjenigen, der einen anderen mit dessen Einwilligung getötet hat, unter Verneinung von mildernden Umständen des Mordes für schuldig erklären. Das aber, meine Herren, steht weder mit Ihrer noch mit der Intention des Entwurfs in Übereinstimmung".[1] [2]

Der eifrigste Gegner des Eveltschen Standpunkts in dieser Frage, Lasker, will es durchaus nicht einsehen (S. 657), weshalb gerade dieser Fall der Tötung eine selbständige strafrechtliche Bedeutung haben soll, und bittet daher, beim Morde mildernde Umstände zuzulassen. Dann würde § 211 (§ 216) überflüssig sein. „Mir widersteht es, ein neues Vergehen einzuführen, welches den vertragsmäßigen Mord darstellt."

Aber sehr richtig entgegnet Evelt (S. 659): „Was strafen Sie denn, meine Herren, wenn Sie die Tötung des Einwilligenden strafen? Sie strafen ja nicht die Tat, daß der Betreffende dem Mann auf seinen Wunsch und Verlangen das Leben genommen

---

[1] Diese Worte Evelts widerlegen am besten die von der Generalstaatsanwaltschaft am 28. 3. 1878 (zit. in Oppenhoff, Rechtspr. Bd. 19 S. 177) aufgestellte Behauptung, „die wiederholte Bemerkung in den Reichstagsverhandlungen, daß die Tötung eines Einwilligenden zu einem selbständigen Vergehen gemacht werden solle, sei lediglich gegen ein bestimmtes Amendement gerichtet gewesen, welches allgemein mildernde Umstände beim Morde zulassen und es dann im einzelnen Falle dem Tatrichter überlassen wollte, solche in der Einwilligung des Getöteten zu finden".

[2] Evelt führt noch als Grund für die Statuierung eines selbständigen Verbrechens an, daß hierdurch die alte Kontroverse, ob in der betreffenden Handlung nur eine straflose Beihilfe zum Selbstmord zu erblicken sei, beseitigt würde. Aber wie wir § 2 gesehen haben, ist durch die Schaffung des § 216 als eines selbständigen Vergehens keineswegs die Frage, ob Beihilfe zum Selbstmord oder Täterschaft nach § 216, erledigt.

hat, Sie strafen nicht den Umstand, daß das Leben des einzelnen gekürzt ist, sondern vielmehr das Faktum, daß das öffentliche Interesse in der Vernichtung des Lebens des einzelnen einen tiefen Schaden erleidet, Sie strafen nur lediglich wegen des verletzten Interesses der Allgemeinheit, nicht wegen des verletzten Rechtes des einzelnen zum Leben. Gerade deshalb müssen Sie m. E. den § 211 (§ 216) als besonderes Vergehen aufrechterhalten".

Der Antrag Lasker, die Annahme mildernder Umstände beim Mord unter Streichung von § 211, wurde abgelehnt. Hierdurch kommt die Anschauung des Reichstags und durch die Annahme des Entwurfs seitens des Bundesrats dessen Anschauung m. E. klar zum Ausdruck.

Garrelts hingegen behauptet (S. 28), daß vom Zumausdruckbringen des „wirklichen" Willens des Reichstags nicht gesprochen werden kann, da nur die der Abstimmung vorausgehenden Äußerungen einzelner Abgeordneter vorlägen, aus welchen sich ergebe, daß sie und die event. Beifall spendenden Zuhörer den einen oder den anderen Standpunkt in betreff der Auffassung über den rechtlichen Charakter der Tat des § 216 eingenommen hätten.

Diese Ausführungen sind m. E. verfehlt und basieren auf der völligen Verkennung des Reichstags als eines einheitlichen Körpers. Der Reichstag ist aber nicht die Summe der Abgeordneten, und seine Ansichten sind nicht die Ansichten der einzelnen Abgeordneten, sondern er tritt nach außen hin auf als eine von den einzelnen Abgeordneten völlig unabhängige Institution. Die Abstimmungen, die das Ergebnis der aufgetauchten Ansichten der einzelnen Abgeordneten sind, sind die Lebensäußerungen der Institution als solcher. Und wie der Reichstag ein einheitlicher Körper und nicht ein bloßes Konglomerat einzelner Individuen ist, so bilden Bundesrat und Reichstag als Gesetzgeber gleichsfalls eine verfassungsmäßig verbundene Einheit. Es ist daher m. E. von Garrelts unrichtig, selbst für den Fall, daß der Bundesrat die Tötung nur als privilegierten Mord ansah,[1] zu bezweifeln, daß der Gesetzgeber[2] der im Strafgesetzbuch ausgedrückten Ansicht war.

---

[1] Dieser Ansicht ist Ullmann im GS. Bd. 37 S. 542, weil die Motive zu § 211 (§ 216) die Bestrafung mit dem Hinweise auf die Natur des Lebens als

Hälschner[1]) ist auch der Ansicht, daß die Reichstagsverhandlungen nicht von klarer Auffassung über das Wesen des § 216 zeugten, und deshalb nicht als entscheidend zu betrachten sind. Insoweit Hälschner den Verhandlungen keine entscheidende Bedeutung beimißt, werden wir ihm beistimmen, wenn auch aus einem anderen Grunde. Das Gesetz hat nämlich durchaus selbständige Natur, sein Werdegang kann uns höchstens einen Fingerzeig für seine Interpretation darbieten.

Auch sonst läßt sich in historischer Beziehung die Aufstellung des § 216 als delictum sui generis rechtfertigen. Wie uns Schwarze[2]) berichtet, ist der § 216 wörtlich dem sächs. Gesetzbuch von 1868 entlehnt und die sächsische Praxis habe stets die Verletzung des Art. 157 als delictum sui generis behandelt.

Die Wissenschaft hat gleichfalls in überwiegendem Maße sich für die Selbständigkeit des § 216 ausgesprochen.[3])

Und auch wir werden dieser Ansicht beitreten. Denn abgesehen von der Entstehungsgeschichte, die, wie wir oben schon erwähnt haben, nur für die Auslegung Wert hat, hat durch die Stellung des § 216 sehr wohl „der von Schwarze verfolgte Gedanke der Schöpfung eines selbständigen Spezialdelikts im Gesetz Ausdruck gefunden".[4]) Denn § 216 müßte, wenn die Einwilligung nur einen strafmildernden Umstand für Mord und Totschlag darstellen würde, unmittelbar hinter § 212 oder § 213 treten. So

---

eines nicht veräußerlichen Gutes begründen. Hieraus sei zu folgern, daß der Bundesrat lediglich die Tötung als solche bestrafen wollte, während für den Reichstag das verletzte öffentliche Interesse maßgebend für die Bestrafung war. Ebenso Ortmann im GS. Bd. 35 S. 380.

[2]) Garrelts setzt zu Unrecht hinter „der Gesetzgeber" jedesmal ein Fragezeichen. Bundesrat und Reichstag sind trotz zahlenmäßiger Mehrheit der einheitliche Gesetzgeber im Reich.

[1]) Bd. 2, 1 S. 58 Anm. 3.

[2]) GS. Bd. 34 S. 399.

[3]) So Olshausen § 216 Nr. 1; Oppenhoff § 216 Nr. 6; Rubo § 216 Nr. 4; Rüdorff § 216 Nr. 3; ferner wie schon erwähnt Schwarze zu § 216; Geyer Bd. 2 S. 7; v. Liszt S. 309; Berner S. 100; H. Meyer S. 463; Meyer-Allfeld S. 373; Merkel S. 304; Kobner S. 137; and. M. Kohler Bd. 1 S. 128; Garrelts, Hücking in G. A. Bd. 35 S. 172 ff. und Hälschner Bd. 2, 1 S. 58.

[4]) RG. Bd. 28 S. 208.

aber folgt im 16. Abschnitt nach der Statuierung des Mordes und Totschlags (§§ 211, 212) in § 213 zuerst ein strafmildernder Umstand, dann folgen in §§ 214 u. 215 strafschärfende Bestimmungen und nun in § 216 folgt wieder ein strafmildernder Umstand. Dazu kommt, daß § 216 unmittelbar vor § 217 steht, welcher die Strafbestimmung für ein selbst vom Oberreichsanwalt[1]) anerkanntes delictum sui generis regelt. Es würde nun der Systematik des Strafgesetzbuchs widersprechen, wenn es zuerst strafmildernde, dann strafschärfende und schließlich wieder strafmildernde Umstände regelte. Auch stünde es einzigartig im ganzen Strafgesetzbuch, „wenn in einer Vorschrift ohne Hinweis auf die in Betracht kommenden Paragraphen (vgl. § 228) zu zwei Verbrechen — Mord und Totschlag — eine einheitliche Bestimmung über einen mildernden Umstand gegeben worden wäre".[2])

Demgegenüber beruft sich der Oberreichsanwalt[3]) auf die prozessuale Praxis des Reichsgerichts, welches in Bd. 12 S. 353, Bd. 20 S. 351 und Bd. 26 S. 363 stets in der Einwilligung einen „strafmildernden Umstand" gesehen habe, also doch auf dem Standpunkt gestanden haben müsse, § 216 bilde nur einen privilegierten Mord bezw. Totschlag. Abgesehen davon, daß das Reichsgericht in Bd. 28 S. 200 ff. es entschieden bestreitet, daß ein strafmindernder Umstand im prozessualen Sinne identisch sei mit einem solchen im materiellrechtlichen Sinne,[4]) müssen wir die Methode als verfehlt bezeichnen, die Rechtsnatur des § 216 aus der sieben Jahre jüngeren Strafprozeßordnung deduzieren zu wollen, zumal da zur Zeit des Entstehens des Strafgesetzbuchs, wie Schwarze[5]) berichtet, an eine gemeinsame Strafprozeßordnung überhaupt noch gar nicht gedacht wurde. Es ist daher für uns gleichgültig, ob bezüglich des § 216 StGB. eine Hilfsfrage nach § 294 oder nur eine Nebenfrage nach § 295 StPO. zu stellen ist, oder ob das eigene Verlangen bei der Tötung einen straf-

---

1) RG. Bd. 28 S. 200 ff.

2) Ebenda S. 208.

3) ERG. Bd. 28 S. 200 ff.

4) a. a. O. S. 216.

5) GS. Bd. 34 S. 399.

mindernden Umstand im Sinne der §§ 262, 266 StPO. darstellt oder nicht.

Gegenüber all den angeführten Gründen dürfte der von Garrelts (S. 46) richtig hervorgehobene Umstand, daß die Satzform der Inversion stets bei Paragraphen vorkomme, welche keine selbständige Bedeutung haben, sondern nur als strafmildernd, bezw. strafschärfend neben andere Paragraphen treten, nicht allzusehr ins Gewicht fallen.

Auch der Umstand, daß nach Garrelts (S. 49) die Klagformel[1]) nie allein auf § 216 basieren kann, sondern stets, je nach Lage der Sache, § 211 bezw. § 212 wird herangezogen werden müssen, zwingt uns, die Richtigkeit der Behauptung Garrelts vorausgesetzt, nicht zu dem Schlusse, daß „der Gesetzgeber, als er die vorhandene Formulierung des § 216 wählte, die Selbständigkeit desselben geradezu unmöglich gemacht hat“ (S. 49). Der Zwang, eine derartige Formulierung vornehmen zu müssen, beweist nur, daß wir es faktisch mit einem Morde bezw. Totschlag zu tun haben. Dies ist aber nie bestritten worden. Für die Rechtsnatur des § 216 erhellt m. E. gar nichts daraus, ob er ein Vergehen oder ein Verbrechen darstellt.

Eben dasselbe gilt für den Einwand, daß § 216 ohne Hinzuziehung des § 211 bezw. § 212 unverständlich ist, ein „Torso“, wie Jeselsohn (S. 29) sagt. Vielleicht ist die Fassung des § 216 absichtlich so gewählt worden, weil für den Deliktsbestand sowohl der Mord- als auch der Totschlagsbegriff von Bedeutung sein kann. Aber selbst wenn dies nicht der Fall ist, schließt der Umstand, daß § 216 ohne § 211 bezw. § 212 unverständlich ist, nicht aus, daß der Gesetzgeber dies zusammengesetzte Delikt als ein delictum sui generis behandelt. Denn die Ursache für das Zusammengesetztsein des betreffenden Delikts liegt nur in dem Mangel eines einheitlichen Ausdrucks für ein derartiges Vergehen. Wenn wir für den Raub nicht das Wort „Raub“ hätten, bliebe uns

---

[1]) Die betreffende Klagformel müßte nach Garrelts lauten: „Der N. N. wird angeklagt, am ... zu ... vorsätzlich den A getötet zu haben, und zwar indem er diese Tötung mit Überlegung ausgeführt hat und durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden ist“ (Verbrechen nach §§ 211, 216).

auch nichts anderes übrig, als ständig nur von einem Diebstahl unter Anwendung von Gewalt zu sprechen und die Anklageformel demgemäß aufzustellen. Und doch wird niemand behaupten, daß dieser Umstand einen zwingenden Grund bilde für die rechtliche Unselbständigkeit des „Diebstahls unter Anwendung von Gewalt".

Die Praxis ist auch der Doktrin gefolgt.[1])

§ 5.

Der Tatbestand der Körperverletzung und die Körperverletzung als notwendiger Bestandteil der versuchten Tötung.

Der Tötungsversuch, der nach unseren Ausführungen straffrei bleibt, hat aber, wie wir voraussetzen, eine Körperverletzung zur Folge. Eine solche Körperverletzung kann sich darstellen als „körperliche Mißhandlung" oder „Beschädigung der Gesundheit". Unter Körperverletzung ist nun nicht jede Körperverletzung im vulgären Sinne zu verstehen. Denn aus dem Erfordernis der körperlichen Mißhandlung, der Schädigung an der Gesundheit ergibt sich, wie Beling richtig ausführt,[2]) daß nicht jeder faktische Eingriff in die körperliche Integrität rechtlich eine Köperverletzung darstellt. So macht sich z. B. der Arzt, der ein Glied amputiert, keiner Körperverletzung schuldig. „Denn als solche wird man wohl nur die Schädigung des Gesamtorganismus als solchen ansehen können, nicht die isolierte Verletzung eines einzelnen Gliedes zugunsten des Gesamtorganismus." Nicht nötig ist nach der herrschenden Lehre für den Begriff der körperlichen Mißhandlung Schmerzempfindung.[3]) So Olshausen § 223 Anm. 4; Frank § 223 I, 1; Oppenhoff Nr. 17; v. Liszt S. 311, 312; auch ERG.

[1]) vgl. die Erkenntnisse des RG. in Bd. 2 S. 442, Bd. 24 S. 369 und in dem schon zit. Bd. 28 S. 200 ff., sowie die Entscheidung des preuß. OTr. vom 28. 3. 1878, zit. bei Oppenhoff, Rechtspr. Bd. 19 S. 175 ff. und Stenglein, Zeitschr. f. d. Gerichtspraxis und Rechtsw. in Deutschland Bd. 18 S. 145 ff.

[2]) ZStW. Bd. 18 S. 286/87.

[3]) In RG. Bd. 29 S. 58 ff. ist das Abschneiden des Bartes nicht als Körperverletzung aufgefaßt, da hierdurch nicht einmal ein Unbehagen hervorgerufen wurde.

Bd. 28 S. 212; a. M. v. Wächter S. 314 sowie Rubo § 223 Nr. 3, der sogar die Verursachung eines „heftigen" Schmerzes für erforderlich hält.[1])

[1]) Dies gilt natürlich von jedem ärztlichen Eingriff. Weshalb der Arzt, der sich bei einem Diphtheriekranken für Serumbehandlung entscheidet, anders beurteilt werden soll als der Arzt, der den Luftröhrenschnitt vornimmt, ist nicht ersichtlich. Vgl. Bar, Gesetz und Schuld Bd. 3 S. 71. Zur Frage, ob der ärztliche Eingriff den objektiven Tatbestand der Körperverletzung erfüllt, haben nicht nur viele Autoren bei der Lehre von der Körperverletzung Stellung genommen, sondern es existiert auch eine umfangreiche Spezialliteratur darüber Treffend sagt Löffler in Vergl. Darst. Bd. 5 Bes. Teil S. 247: „Die chirurgische Operation (und ebenso natürlich jede andere ärztliche Handlung) teilt . . . die Eigenschaft, daß sie verständigerweise gesetzt wird zum Schutze eben jenes Rechtsguts, zu dessen Schutz die Norm erlassen ist; sie vermindert die diesem Rechtsgute drohende Gefahr; diese Handlung, welche die gleichen Zwecke verfolgt wie die Norm, kann mit dieser Norm vielleicht den Worten, aber nicht dem Sinne nach in Widerspruch stehen".

Ebenso Dietrich S. 58, 59; Schnitzler S. 9 ff.; Kitzinger im GS. Bd. 55 S. 87, 88; ferner Kiehl in G. A. Bd. 54 S. 378. Derselben Ansicht aus gleichen Gründen Arieff S. 51 ff. Eingriffe zwecks Transfusion, Transplantation hält Arieff unseres Erachtens mit Recht dann für erlaubt, wenn sie mit Einwilligung geschehen und nur leichte Körperverletzungen im Gefolge haben (vgl. § 7 unserer Arbeit.)

Auch Alfred Fischer hält den objektiven Tatbestand der Körperverletzung beim ärztlichen Eingriff nicht für gegeben (S. 26 ff.). Logischerweise kommt er S. 51 dazu, dem Arzte, der eine Operation gegen den Willen des Patienten vornimmt, unter Umständen Nötigung oder Freiheitsberaubung zur Last zu legen; ebenso Schnitzler S. 35; Arieff S. 79.

Max Fischer S. 10 ff. ist der Ansicht, daß allerdings der objektive Tatbestand des § 223 StGB. gegeben ist. (Ebenso RG. Bd. 25 S. 375 ff.) Die Straflosigkeit des Arztes soll sich daraus ergeben, „daß der Handelnde nicht die Vorstellung hat, daß er eine Schädigung des Körpers herbeiführen werde". Der Arzt hat doch aber die Vorstellung des Eingriffs als solchen! Fischer verwechselt Vorsatz mit Absicht (vgl. S. 29 ff. der Arbeit). Bezüglich der Eingriffe zwecks Transfusion, Transplantation und Experimentierens ist Fischer derselben Ansicht wie Arieff. Sonderbarerweise will Fischer S. 22 die Operation wider Willen unter Umständen als Nötigung strafen. Wenn Fischer bei der Frage der Körperverletzung den Zweck als das Entscheidende ansieht, so ist nicht einzusehen, weshalb nicht auch der Zweck bei der Nötigung entscheidend sein soll.

Den objektiven Tatbestand der Körperverletzung erachten ferner für erfüllt Olshausen § 223, 4b; Beling (Lehre vom Verbrechen S. 15 ff.) und Bar (Gesetz und Schuld S. 72), der konsequent die ohne Einwilligung des Verletzten vorgenommene Operation als Körperverletzung bestrafen will; ebenso Binding, Handb. S. 802, der die Straflosigkeit des Arztes aus dem „Berufsrecht" begründet (vgl. aber die treffliche Widerlegung im RG. Bd. 25 S. 378 ff.).

Unter Gesundheitsbeschädigung ist das Hervorrufen bezw. Steigern eines Zustandes des „Krankseins“ zu verstehen. Von einer solchen Gesundheitsbeschädigung kann nur gesprochen werden bezüglich Einwirkungen auf die Funktion des Körpers, welche keine unmittelbar erkennbaren Spuren am Körper hinterlassen. Denn sonst haben wir es mit einer körperlichen Mißhandlung zu tun. Als derartige Gesundheitsbeschädigungen können vorkommen Injektionen schädlicher Stoffe, sei es auf dem Wege vom Mund in den Magen, sei es durch direkte Infizierung des Blutes (z. B. Einimpfen von Cholerabazillen). Auch alle Einwirkungen auf das Nervensystem, wie durch Erschrecken, Elektrizität, würden zur „Gesundheitsbeschädigung“ gehören. Den Regelfall aller für uns in Betracht kommenden Fälle dürfte aber das damnum corpore corpori datum, die körperliche Mißhandlung sein.[1])

Auch Oppenheim in Zeitsch. f. schweiz. Strafr. Bd. 6 S. 338 ff. sieht in jedem ärztlichen Eingriffe eine Körperverletzung. Die Straflosigkeit soll, unter gewissen Voraussetzungen (S. 344), auf Gewohnheitsrecht beruhen. Ein Gewohnheitsrecht, welches (nach Ansicht Oppenheims) dem klaren Gesetzestext widerspricht und das mit jeder neuen Kodifikation immer wieder von neuem negiert wird, solange die ärztlichen Eingriffe nicht ausdrücklich für straffrei erklärt werden! Bar (GS. Bd. 60 S. 95/96) verbindet in eigenartiger Weise subjektive und objektive Momente: „Die . . . Operation ist keine Körperverletzung im Sinne des Gesetzes, . . . weil die zum Wohle der Menschheit dienende Heilkunde . . . auch der Verletzungen zur Abwendung größeren Schadens oder zur Erhaltung des Lebens als Mittel sich bedienen muß und von jeher sich bedient hat, und deshalb die Verletzung mit der wirklich erreichten oder beabsichtigten Heilung rechtlich als untrennbar einheitliche Handlung aufzufassen ist“.

Stooß begründet in „Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung“ § 6 seine Auffassung im wesentlichen wie Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht S. 71. In der ZStW. Bd. 6 S. 54 behauptet Stooß, daß nur bei der gelungenen Operation keine Körperverletzung vorliegt, wohl aber bei der mißlungenen; aber da der Arzt ja heilen wollte, fehle die subjektive Rechtswidrigkeit. Auf diese Weise bestimmt Stooß den objektiven Tatbestand einer abgeschlossenen Tat nach ihren Folgen, die erst erheblich später eintreten können. Derselbe ärztliche Eingriff in derselben Absicht wird sich, mag er auch nach allen Regeln ärztlicher Kunst erfolgt sein, bald als Verletzung, bald als keine Verletzung, ja das direkte Gegenteil darstellen.

Heimberger, Strafrecht und Medizin S. 36 hält den objektiven Tatbestand der Körperverletzung nicht für gegeben, da keine „unangemessene Behandlung“ (Mißhandlung) vorliegt.

[1]) Von manchen Autoren wird auch das bloße Hervorrufen von Unbehagen durch nicht körperliche Einwirkung als Körperverletzung im Sinne von Gesundheits-

Die in Betracht kommende Körperverletzung wird sich nun darstellen entweder als leichte (§ 223), sogen. gefährliche (§ 223 a) (wohl für uns die Regel), welche aber auch eine schwere sein kann (§ 224).[2]) Die Körperverletzung durch Giftbeibringung scheidet hier aus aus Gründen, welche später zu erörtern sind (S. 38 Anm. 3).

Es fragt sich nun, ob in den für uns in Betracht kommenden Fällen auch der subjektive Tatbestand einer Körperverletzung gegeben ist. Es ist also zu untersuchen, ob im Falle des Versuchs aus § 216 vorliegen kann:

1. vorsätzliche Körperverletzung,
2. fahrlässige Körperverletzung.

In der Entscheidung des RG. Bd. 28 S. 202 führt der Oberreichsanwalt aus, daß der auf Zerstörung des Lebens gerichtete Wille den Vorsatz der Gesundheitsbeschädigung oder Mißhandlung nicht notwendig einschließt (allerdings auch ebensowenig ausschließt), z. B. bei sofortiger Tötung durch Anwendung von Elektrizität; gegen eine in bewußtlosem Zustand befindliche Person sei der Mangel des Verletzungsbewußtseins zu folgern. Das Reichsgericht hingegen folgert in derselben Entscheidung, daß wer den Vorsatz hat, einen Menschen zu töten, mit Notwendigkeit auch den Vorsatz hat, ihn körperlich zu verletzen. „Die Tötung eines Menschen anders als durch Verletzung seines Körpers ist nicht denkbar, mag das zur Tötung gewählte Mittel auch so rasch wirksam sein, daß dem Getöteten der Vorgang gar nicht zum Be-

---

beschädigung aufgefaßt, z. B. Erregen von Ekel und Erbrechen durch Erzählen. v. Liszt (S. 312) nimmt in solchen Fällen nur dann Körperverletzung an, wenn das Unbehagen nicht ganz unbedeutend ist, Merkel (S. 297) und Hälschner (Bd. 2 S. 85, 3) hingegen halten dies in keinem Falle für Körperverletzung, doch ist ihre Ansicht m. E. mit Recht die nicht allgemein anerkannte.

[2]) Der Fall des § 225 in Verb. mit § 216 ist zwar denkbar, aber bis jetzt, soweit sich dies aus den Kommentaren und den RGE. ersehen läßt, noch nicht praktisch geworden. Es müßte dann ein doppelter Vorsatz vorliegen, wenn nicht den Tod, so doch wenigstens eine der im § 224 vorgezeichneten Folgen herbeizuführen (dolus alternativus). Nun wird sich aber ein Lebensmüder wohl kaum an einen Menschen mit der Bitte, ihn zu töten, wenden, dessen Charakter ihn einer derartigen Handlung auch nur entfernt verdächtigt. Die Annahme einer Verbindung zwischen § 216 und § 226 ist undenkbar; denn ist der Tod eingetreten, dann liegt eben eine vollendete Handlung nach § 216 vor.

wußtsein kommt, daß er insbesondere ein Schmerzgefühl nicht hat, immer muß sein Körper in einer Weise in Mitleidenschaft gezogen werden, daß die ihm widerfahrende Behandlung als Körperverletzung im Sinne des § 223 StGB. sich darstellt."

Der Angelpunkt des Streites ist, wie wir sehen, die Frage, ob die auf den Erfolg der Tötung gerichtete Absicht den Vorsatz der durch den Versuch hervorgerufenen Körperverletzung ausschließt. Die Ursache der verschiedenen Stellungnahme zu dieser Frage liegt in der verschiedenen Auffassung des Wesens des Vorsatzes begründet. Was ist denn Vorsatz im Sinne des Strafgesetzbuches? Das Strafgesetzbuch selbst hat diesen Begriff nicht definiert. Ja es ist sogar in dieser Beziehung so ungenau, daß in einer Anzahl Paragraphen, z. B. 48, 210, 266, nach der Ansicht fast aller Kommentatoren an Stelle des Wortes „vorsätzlich" das Wort „absichtlich" verwendet ist.[1])

Es streiten hauptsächlich zwei Theorien bezüglich des Wesens des Vorsatzes. Die sogen. Vorstellungstheorie[2]) bezeichnet den Vorsatz als die die Willensbetätigung begleitende Kenntnis der sämtlichen zum Tatbestande gehörenden Tatumstände. Die sogen. Willenstheorie sieht das Wesen des Vorsatzes in dem im Vorsatz enthaltenen Willenselement und betont daher, daß es nicht genügt, daß der Täter sich der einzelnen Handlungsakte als solcher bewußt war, sondern daß er auch den Erfolg gewollt haben muß. Der Vorsatz ist das Wollen des Erfolges und also gleichbedeutend mit „Absicht". Hauptvertreter dieser Theorie sind Beling[3]) und v. Buri.[4])

Während die Frage nach dem Wesen des Vorsatzes noch heute nicht endgültig entschieden ist, können wir gerade in bezug auf die Körperverletzung aus dem Gesetzestext selbst erkennen, daß das Strafgesetzbuch wenigstens bezüglich der Körperverletzung das

---

[1]) vgl. Olshausen § 48, 11 c S. 210 Nr. 1, S. 266 Nr. 12 und die daselbst zitierte Litteratur.

[2]) Hauptvertreter v. Liszt, Lehrb. 18. Aufl. S. 179; vgl. ferner Frank S. 126/27; Klee, Strafrechtl. Abhandl. Heft 10; Kohler Bd. 1 S. 70; ERG. Bd. 15 S. 13.

[3]) Grundzüge S. 57.

[4]) Vorstellung und Wille, im GS. Bd. 34.

Wesen des Vorsatzes nicht in den in demselben enthaltenen Willenselementen sieht, also die Willenstheorie schlankweg ablehnt. Und zwar geht dies für unser Thema überaus wichtige Ergebnis aus §§ 225, 224 hervor. Wir müssen daher dem Reichsgericht[1]) beistimmen, „die Behauptung, daß die Absicht der Tötung und Körperverletzung sich ausschließen, zerfalle mit der Erwägung, daß der subjektive Tatbestand der Körperverletzung (abgesehen von § 225) überhaupt die Absicht, d. h. den auf Erreichung des Erfolges gerichteten Willen, nicht erfordere. Es genüge der Vorsatz der Handlung und das Bewußtsein, daß durch dieselbe das Wohlbefinden gestört und die Gesundheit beschädigt werde; irrig sei, daß die Aufhebung der Integrität des Körpers Endzweck der Handlung und der Täterwille auf diesen Erfolg gerichtet sein müsse“.

Die Ansichten derjenigen, welche für die im Falle des Versuchs aus § 216 entstandene Körperverletzung den Vorsatz in dem erwähnten Sinne leugnen, basieren entweder auf dem völligen Zusammenwerfen von Vorsatz und Absicht oder einer geradezu gewaltsamen Annahme des Fehlens jeglichen Verletzungsvorsatzes im vulgären und im juristischen Sinne überhaupt. So sagt Beling,[2]) daß bei der oben zitierten Entscheidung des Reichsgerichts die Annahme zu beanstanden sei, daß jeder Tötungsvorsatz einen Körperverletzungsvorsatz in sich schließe. Er gibt zwar zu, daß dies der Fall sein kann, behauptet aber, daß gerade bei der Tötung auf Verlangen der Körperverletzungsvorsatz meist fehlen werde. „Der Täter wird hier in den gewöhnlichen Fällen, in denen es sich um Befreiung eines Unglücklichen von seinen Leiden handelt, lediglich die Vorstellung haben, daß er das Leiden mit dem Leben endige, aber in keiner Weise die Vorstellung, daß er dem anderen neue Leiden bereite. In der Mehrzahl der Fälle würde diese Vorstellung sicher den Täter, wenn sie in ihm auftauchte, von der Handlung abhalten.“

Was aber der Täter getan haben würde, wenn diese oder jene Vorstellung in ihm aufgetaucht wäre, ist m. E. rechtlich völlig

[1]) RG. Bd. 24 S. 269.

[2]) ZStW. Bd. 18 S. 285/86.

irrelevant. Und die Vorstellung, durch die Tötung das Leiden mit dem Leben zu endigen, ist nichts weiteres als das Willensmoment, welches der gesamten auf Tötung gerichteten Handlung zugrunde liegt, die Absicht. Daß aber bei einer gelegentlich eines Tötungsversuches zugefügten Körperverletzung eine Tötungsabsicht vorhanden ist, ist selbstverständlich. Über das, worauf es hier einzig und allein ankommt, nämlich ob der Täter die Verletzungshandlung, die den Tod verursachen sollte, vorsätzlich, sei es im Sinne dieser oder jener Theorie, bewirkt hat, sagt Beling kein Wort.

Genau dieselben Mängel weist das Franksche Beispiel in § 216 III, 2 auf.

„Der Mann, der seine von Schmerzen gefolterte Frau töten und ihr so weiteres Leiden ersparen will, will sie eben töten, und er hätte die auf Tötung gerichtete Handlung sicher unterlassen, wenn er vorausgesehen hätte, daß sie nur zu einer Körperverletzung führen werde."

Und die zur Tötung notwendige Körperverletzung will er etwa nicht? Er will seine Frau z. B. durch einen Schuß töten, aber die Schußwunde sollte er nicht wollen? Dieser Widerspruch hätte vermieden werden könneu, wenn nicht derselbe Ausdruck für zwei wesentlich verschiedene Begriffe gesetzt worden wäre. Das Wollen der Tötungshandlung und das Wollen des Ersparens weiterer Leiden sind eben zwei ganz verschiedene Willensrichtungen; die letztere reicht viel weiter; sie ist der Endzweck aller vorher doch sicher „gewollt" vorgenommenen Handlungen, m. a. W., das erste Wollen im Frankschen Beispiel ist identisch mit Absicht, während das letztere Wollen den Vorsatz in dem schon erwähnten und auch von Frank vertretenen Sinne bedeutet. Das Beispiel müßte also heißen:

„Der Mann, der seine von Schmerzen gefolterte Frau töten und ihr so weiteres Leiden zu ersparen beabsichtigt, will sie eben töten".[1])

---

[1]) Für Töten konnte man hier besser sagen: die Tötungshandlung vornehmen. Der doppelte Sinn des Ausdruckes „wollen" (velle) verführte bereits die Römer zu Inkonsequenzen (quamquam coactus, tamen volui). Auch hier ist der eigentliche „Wille" dem „bewußten Handeln" irrtümlich geopfert worden.

Dann dürfte gegen die Annahme einer vorsätzlichen Körperverletzung für den Fall des Mißglückens der Tötungshandlung nichts einzuwenden sein.

Zimmermann[1]) und Joski[2]) erachten entgegen dem klaren Gesetzestext „Absicht" für den Tatbestand der Körperverletzung erforderlich und kommen konsequent zu dem Resultat, daß die Absicht der Körperverletzung bei dem Vergehen der Tötung eines Einwilligenden ausgeschlossen, also der Tatbestand der dolosen Körperverletzung nicht erfüllt ist. Ortmann[3]) gibt zwar zu, daß eine solche Tat den Erfordernissen der vollendeten dolosen Körperverletzung entspricht, bezeichnet es aber „offenbar als eine contradictio in adjecto, wenn gesagt wird, es habe jemand das Verbrechen der Körperverletzung begangen und dabei in der Absicht gehandelt, den Verletzten um das Leben zu bringen". Er schließt sich also an Wächter[4]) an, der die Körperverletzung definiert als „die rechtswidrige, nicht auf Tötung gerichtete Verletzung des Gesundheitszustandes oder der Integrität des Körpers eines anderen". Auch Wächter läßt also die Absicht bei der subjektiven Voraussetzung der Körperverletzung hineinspielen. Hauptmann (S. 40) hält zwar im allgemeinen den Unterschied zwischen Vorsatz und Absicht auseinander, ist aber der Ansicht, daß in unserem Falle nicht Vorsatz, die Tötungshandlung betreffend, und Absicht, die sich auf den Tod des zu Tötenden richtet, vorliege, sondern ein Körperverletzungsvorsatz und ein Tötungsvorsatz. Der Körperverletzungsvorsatz bildet nach Hauptmann lediglich eine Zwischenstufe, der keine selbständige Bedeutung zukommt. Aber dieser sogen. Tötungsvorsatz ist, wie Hauptmann selbst sagt, „der Erfolg, den er (der Täter) will, den er sich ‚vorgesetzt' hat", also in Wirklichkeit nichts anderes als Absicht. Wäre die Tötung erfolgt, so würde allerdings eine vorsätzliche Tötung vorliegen, aber ebenso wäre diese Tötung auch absichtlich. Es liegt eben hier einer der häufigen Fälle vor, in denen sich Absicht und Vorsatz decken. Dies kann natürlich nur

[1]) G. A. Bd. 29 S. 441.

[2]) Joski, Die Einwilligung des Verletzten S. 29.

[3]) GS. Bd. 35 S. 375.

[4]) Wächter S. 340.

dann geschehen, wenn der Täter durch seine Handlungsweise den gewünschten Erfolg erzielt hat. Wenn wir es tatsächlich mit zwei Vorsätzen zu tun haben würden, von denen der eine den anderen begrifflich in sich faßt, wie bei der vollendeten vorsätzlichen Tötung der Tötungsvorsatz den Körperverletzungsvorsatz, dann wäre allerdings Hauptmanns Ausführungen beizupflichten. Da dies hier aber nicht der Fall ist, ist kein Grund ersichtlich, weshalb der allerdings weiter reichenden Tötungsabsicht eine solche Macht einzuräumen wäre, daß sie dem Körperverletzungsvorsatz jede Bedeutung nimmt. Das preuß. Obertribunal [1]) urteilte anfangs, daß der Vorsatz zu töten und der Vorsatz, eine Körperverletzung zuzufügen, sich ausschließen. Aber bereits in dem nächsten Bande (S. 70) erkannte es wenigstens an, daß Bestrafung wegen Körperverletzung dann möglich sei, wenn der Täter die Absicht zu verletzen, falls die Tötung mißglücken sollte, gehabt hat (dolus alternativus). Hingegen vertreten Hartmann,[2]) Kahle (S. 17), Wiebeck (S. 29/30) die Ansicht, daß der Tötungsvorsatz den Körperverletzungsvorsatz immer einschließt. Und auch wir werden uns dieser Anschauung anschließen. Denn wie uns Thomsen [3]) darlegt, kann von einer Ausschließung der einen Willensform durch die andere, vorausgesetzt, daß diese Willen im Verhältnis von Tötungswillen zu Körperverletzungswillen zueinander stehen,[4]) nicht die Rede sein. Im Gegenteil, der eine bedingt den anderen, und eine Lücke in der Willensfolge ist geradezu undenkbar. Thomsen baut ein Gebäude von Willen,[5]) die gewissermaßen das psychologische Spiegelbild der Tat sind. Das Fundament dieses Gebäudes bildet der Wille ersten Grades, das Motiv, die Absicht. Dann folgen, den einzelnen Stockwerken gleichend, die verschiedenen Willen jedem einzelnen Handlungsakte

---

[1]) Oppenhoff in Rechtspr. Bd. 17 S. 824.

[2]) Grünhut Bd. 27 S. 748.

[3]) Thomsen, Kriminalpolitische Bekämpfungsmethoden S. 129 ff.

[4]) Es ist hier absichtlich dem Beispiel Thomsens folgend beide Mal gleichlautend der Ausdruck „Willen" gebraucht, da für die folgende Erörterung eine feinere Differenzierung der verschiedenen Willensarten nicht zu gebrauchen ist.

[5]) Thomsen spricht von einem „Stammbaum" von Willen, doch ist für unsere Erörterung das Bild des Gebäudes passender.

des Täters entsprechend, von der entferntesten Vorbereitungshandlung bis zur Ausführungshandlung. Diese ist die Krone des Ganzen, das Dach des Hauses, welches von dem Fundament und den einzelnen Stockwerken getragen wird und bei Fehlen auch nur eines von ihnen gar nicht Dach sein kann, sondern zusammenbricht.

Aber es bedarf nicht erst dieser psychologischen Zergliederung der Tat, um die Bedingtheit des Körperverletzungsvorsatzes durch die Tötungsabsicht darzulegen.[1]) Denn „wenn eine schwere Rechtsverletzung gewollt ist, so existiert unbedingt ein Wille auf die entsprechende leichtere (mag letztere selbständig gewollt sein oder nicht). Da nämlich eine Verletzung nicht möglich ist ohne vorhergehende, noch so kurze Zeit der Gefährdung, eine Tötung nicht ohne vorhergehende Körperverletzung, so muß der Wille auf die betreffende schwere Rechtsverletzung einen Willen auf die entsprechende leichtere Rechtsverletzung erzeugen (oder er muß aufgegeben werden). Wenn also jemand einen anderen töten will, so muß er, weil Töten ohne Körperverletzung nicht möglich ist, auch diese wollen, falls er überhaupt zurechnungsfähig ist. Es schließen sich also hier die beiden Willen nicht aus, im Gegenteil, sowie ein Wille auf Verletzung, Tötung oder schwere Körperverletzung besteht, besteht auch ein gezwungener, d. h. ein notwendig durch jenen erzeugter Wille auf Gefährdung, Körperverletzung oder leichte Körperverletzung".

Kann nun auch die in Betracht kommende Körperverletzung fahrlässig sein?

Nach Weinrich[2]) dürften wir es stets mit einer fahrlässigen Körperverletzung zu tun haben. Denn „wer einen anderen durch einen Schuß ins Herz töten will, der will das Herz und die dasselbe umgebenden Körperteile verletzen, insofern dadurch der Tod bewirkt wird. Streift dagegen die Kugel nur die Herzgegend oder bleibt diese im Arme stecken, dann liegt ein Fehlschuß vor und es besteht bezüglich der durch diesen herbeigeführten Körperverletzung auch kein Vorsatz".

---

[1]) Thomsen, über den Versuch der durch eine Folge qualifizierten Delikte S. 45.

[2]) Das Recht Bd. 8 S. 190.

Wirklich nicht? Wie, wenn die auf den Kopf gezielte Kugel im Bein die Schlagader zerreißt und so den Getroffenen tötet? Sieht der Täter die Schußwunde im Bein, dann würde er sich nach Weinrich einer Fahrlässigkeit bewußt werden. Stirbt nun der Getroffene, dann liegt auf einmal Vorsatz zu töten, ja sogar die viel weiter reichende Absicht erfüllt vor, und alles dies ohne besonders hinzutretende Willensrichtung des Täters? Weinrich müßte auf diese Weise zu dem Resultate kommen, daß mangelnde körperliche Fertigkeiten die alleinige, gänzlich vom Willen losgelöste Ursache einer Fahrlässigkeit sein können. Das ist aber unmöglich, da die Fahrlässigkeit lediglich in das Gebiet des Willens gehört. Sie ist ein Willensfehler bezw. eine Willensschwäche. Das „Versehen",[1]) welches Weinrich gleichbedeutend mit Fahrlässigkeit setzt, ist keine Fahrlässigkeit, welche vulgär auch Versehen genannt wird, sondern ein Versehen in des Wortes eigentlichstem Sinn. Es liegt keine Fahrlässigkeit vor, da der Täter ja seinen Willen, soweit er konnte, auf die Tat richtete. Schuld an dem Mißlingen ist nur sein Ungeschick.[2])

Demnach könnte es scheinen, als ob eine Fahrlässigkeit bei den für uns in Betracht kommenden Fällen geradezu ausgeschlossen wäre. Dies ist aber nicht der Fall, wenn es auch nur sehr selten vorkommen wird. Z. B. A will den B erschießen. Während er auf B zielt, kommt C und will dem A das Gewehr entreißen. A und C zerren nun an der Schußwaffe hin und her.

---

[1]) Weinrich: „Die Verletzung geschah durch ein Versehen. Ein Versehen ist aber niemals Vorsatz, sondern Fahrlässigkeit".

[2]) Die Ausführungen Kahles (S. 19), mit welchen er Weinrich widerlegen will, müssen als verfehlt bezeichnet werden. Denn wenn die Körperverletzung, wie Kahle (S. 19) ausführt, als notwendiger Bestandteil des Tötungsaktes gewollt ist, und zwar nur insoweit gewollt ist, so geht doch daraus nicht hervor, wie Kahle annimmt, daß sie in jedem Falle gewollt sein muß, sondern eben nur in dem Falle, in welchem sie ein notwendiger Bestandteil der Tötung wirklich ist. Für uns handelt es sich aber gerade um Fälle, in denen die Verletzung keineswegs ein „notwendiger Bestandteil des Tötungsaktes" ist. Der Fehler Kahles beruht darauf, daß er annimmt, eine Körperverletzung könne, selbst wenn sie gar nicht der Vorstellung des Täters entspricht, als Körperverletzung schlechthin gewollt sein. Ein vernünftiger Mensch wird aber zu Tötungszwecken nie generell verletzen wollen, sondern eine ganz bestimmte Körperverletzungsart im Sinne haben.

Da kommt die Mündung ungefähr in die Richtung des B. Nun drückt A los und verwundet den B. Für den Fall, daß A schoß nicht in dem Gedanken: es ist mir gleichgültig, ob ich den A bloß verwunde oder töte (dolus alternativus), jedenfalls will ich's versuchen, sondern daß er sich dachte, der Schuß wird schon richtig treffen, läge allerdings Fahrlässigkeit vor, und zwar die Fahrlässigkeit in ihrer stärksten, dem dolus eventualis sehr ähnlich sehenden Form, nämlich als sogen. bewußte Fahrlässigkeit (luxuria). Aber auch eine minder schwere Fahrlässigkeit kann vorkommen, z. B. wie Hauptmann (S. 49) erwähnt, wenn der Täter daran, daß seine Handlung eine bloße Körperverletzung bewirken könne (z. B. durch die Wahl eines stumpfen Messers oder einer leichten Schußwaffe), überhaupt nicht dachte, man diese Voraussicht aber von ihm nach seinen intellektuellen Fähigkeiten erwarten konnte.

§ 6.

Das Verhältnis des § 216 bezw. der Versuchshandlung aus § 216 zu den §§ 223 ff.

Der Streitfrage, ob der Versuch der Tötung auf eigenes Verlangen als strafbare Körperverletzung zu behandeln sei, brechen Jeselsohn (S. 51) und Geyer (Bd. 2 S. 7) von vornherein die Spitze ab, indem sie behaupten, „daß der entscheidende Grund für die Straflosigkeit in einem solchen Falle eben der ist, daß der § 216 eine lex specialis ist, welche die ‚Materie' der Tötung eines in die Tötung Einwilligenden erschöpfend behandle und dabei den Versuch straflos lasse". Abgesehen von der gewiß doch erwägenswerten Frage, ob der Gesetzgeber denn wirklich jede Art von Versuch des § 216 straflos zu lassen beabsichtigt hat, läßt sich die Behauptung, daß eine erschöpfende Regelung einer ‚Materie' die Anwendung eines nicht unter diese Materie fallenden Gesetzes, sofern dessen Tatbestand vollständig erfüllt ist, das der betreffenden Materie zugehörige Gesetz aber aus irgendwelchen Gründen nicht zur Anwendung gelangen kann, ausschließt, kaum stützen. Gesetzt den Fall, die Tötung des Einwilligenden wäre wirklich erschöpfend geregelt, so würde sich dennoch lediglich aus dem Um=

stande, daß die in Frage kommenden Gesetze (§§ 223 ff.) einer anderen ‚Materie' angehören, keineswegs mit Notwendigkeit ihre Nichtanwendbarkeit ergeben. Denn Materie bedeutet lediglich das rein formale Moment des Zusammengehörigen. „Nach einem feststehenden Sprachgebrauch versteht man unter einer Rechtsmaterie ein Rechtsinstitut oder wenigstens einen Kreis zusammengehöriger Rechtssätze — also eine gewisse ‚Einheit' —, zu der einerseits die daraus fließenden oder sich abzweigenden Rechtssätze, andererseits alle Rechtssätze, die entweder einer anderen Rechtsmaterie angehören oder wenigstens einer anderweiten Regelung der Materie entspringen, als fremdartige in einem begrifflichen Gegensatz stehend.[1])

Also in einem „begrifflichen Gegensatze" stehen nach Olshausen Rechtssätze auch schon dann, wenn sie „einer anderweiten Regelung der Materie entspringen", mögen sie auch in ihrem Wesen noch so sehr miteinander verwandt sein.

Der Ansicht, daß der Begriff der Materie lediglich formaler Natur ist, scheint auch Finger[2]) zu sein:

„Rechtssätze, die zu einer Einheit nur deswillen zusammengefaßt werden können, weil sie sich auf denselben strafrechtlich relevanten Tatbestand beziehen, bilden eine Materie im Strafrecht".

Also nur zwecks bequemerer Gruppierung oder Systematisierung stellt man die einzelnen Gesetze zu „Materien" zusammen. Die „Materie" in diesem Sinne ist also etwas künstlich Geschaffenes, das zwar für die Handhabung des Gesetzbuchs von großem Vorteil, für das Wesen der Gesetze und ihr Verhältnis zueinander aber gänzlich bedeutungslos ist. Wir können das nach Materien geordnete Strafgesetzbuch in dieser Hinsicht mit einem Fächerschranke vergleichen. Die Aufschriften auf den diversen Fächern besagen nur, daß dies oder jenes Rechtsinstitut dort zu finden ist. Darüber aber, wie im einzelnen die Bestandteile der Materien, die einzelnen Paragraphen in unserm Falle, beschaffen sind und wie sie sich zu den in den andern

---

[1]) Olshausen § 2 EG. z. StGB. Nr. 3.

[2]) Lehrb. Bd. 1 S. 152.

„Fächern" befindlichen verhalten, geben uns die Aufschriften keine Kunde.[1])

Die Rechtslage ist nun folgende: Wie wir gesehen haben, liegt der Tatbestand einer vollendeten Körperverletzung vor (vgl. § 5). Andererseits ist es aber wieder nach den Ausführungen auf S. 41 ff. mit einiger Wahrscheinlichkeit wenigstens anzunehmen,[2]) daß das Gesetz dem Tötungsversuch als solchem keinerlei strafrechtliche Bedeutung beimißt. Zwischen den beiden Extremen, Bestrafung wegen Körperverletzung und völliger Straflosigkeit, schwanken nun die Ansichten in der Literatur, ohne zu einem durchweg einwandfreien Resultat zu kommen. So hat z. B. die Reichsgerichtsentscheidung Bd. 28 S. 200 ff. durchaus den Charakter eines schwächlichen Kompromisses. Denn wenn wir einerseits dem Reichsgericht zustimmen (S. 212/13), daß, falls der Tötungsversuch zu einer vorsätzlichen Körperverletzung geführt habe, somit der Tatbestand einer an sich in Gemäßheit der §§ 223 ff. StGB. strafbaren Handlung vorliege, „somit kein durchgreifender Grund erfindlich sei, warum die Handlung nicht auch im konkreten Falle mit Strafe belegt werden sollte", so muß doch auch andererseits das Reichsgericht selbst anerkennen, daß die Entscheidung zu Konsequenzen führen kann, die keineswegs gebilligt werden können, „denn während nach § 216 auf Gefängnis von 3—5 Jahren zu erkennen ist, würde die schwere Körperverletzung nach § 224 bei Verneinung mildernder Umstände (§ 228) mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren bestraft werden können".[3])

---

[1]) And. M. Merkel S. 5, der unter Materie „Arten von Handlungen" begreift. Ebenso Beling (Lehre vom Verbrechen S. 296), der von „Verbrechenstypen" spricht. Der Typ „Notzucht" kann aber sowohl unter die „Materie" Sittlichkeitsverbrechen als Beleidigung und Angriff auf die Integrität des Körpers gestellt werden. Eine noch größere Mannigfaltigkeit ist bei der Abtreibung wider Willen der Schwangeren denkbar. Die Einreihung in eine Materie sagt also bezüglich des Gesetzesinhalts nicht viel, wenn auch aus praktischen Gründen wesensverwandte Tatbestände zusammengestellt werden.

[2]) Daß diese Annahme zum Teil allerdings ungerechtfertigt ist, werden wir auf S. 44 ff. sehen.

[3]) Das RG. erwähnt hier auch noch den § 229, dessen exorbitant hohe Strafen hier noch weniger gerechtfertigt sein dürften. Sämtliche Schriftsteller, welche der Entscheidung des RG. folgen, vermögen sich zwar mit den übrigen

Zwar müssen wir dem Reichsgericht darin beistimmen, daß es im Falle des § 224 zu praktischen Inkonvenienzen kaum kommen wird, „da schon die für den Regelfall gegebene Strafandrohung gestattet, auf Gefängnisstrafe zu erkennen, und zwar mit einem zulässigen Mindestbetrage von nur einem Jahre, die für den Fall mildernder Umstände ausschließlich angedrohte Gefängnisstrafe aber sogar bis auf einen Monat hinuntergehen kann. Es ist hiernach kaum zu erwarten, daß bei Vorliegen einer schweren Körperverletzung im Sinne des § 224 auf eine härtere oder höhere Strafe erkannt werden würde, als wie § 216 sie kennt".

Paragraphen des Teils 2 Abs. 17 abzufinden, scheitern aber an diesem. Wiebeck (S. 47) legt gewaltsam den § 229 dahin aus, daß der Gesetzgeber mit dem Ausdruck „Beibringen ‚zunächst' wohl den Sinn der Heimlichkeit und Hinterlist verbunden hat, dann aber ist unter Beibringen auch jede Tätigkeit zu verstehen, durch welche der Täter sein Opfer in gewaltsamer Weise, sei es nun durch vis absoluta oder compulsiva, zwingt, das Gift bei sich aufzunehmen".

Weder in den Kommentaren noch in sämtlichen zit. Lehrbüchern findet sich aber eine Andeutung dieser Art. Welchen Ausdruck hätte denn der Gesetzgeber überhaupt anwenden sollen? „Vergiften" wäre doch geradezu falsch, da eine nachteilige Wirkung des Giftbeibringens gar nicht für den Tatbestand des § 229 erforderlich ist! Der Ausdruck „Giftgeben" böte Anlaß zu extensivster Interpretation; und stände „Giftgeben, um dessen Gesundheit zu beschädigen", so würde schließlich der gebräuchlichen Auslegung ebensowenig etwas im Wege stehen als einer Auslegung nach Wiebeckscher Manier. Der Grund, weswegen § 229, selbst wenn wir uns der Ansicht des RG. anschließen, nicht zur Anwendung gelangen kann, ist m. E. ein ganz anderer:

§ 229 steht zwar in Teil 2 Abs. 17. Aber gehört er denn wirklich in die Materie der Körperverletzung hinein? Um sich nach § 229 strafbar zu machen, ist eine Körperverletzung ja gar nicht erforderlich. Nun könnte man vielleicht einwenden, daß § 229 Abs. 1 doch den Versuch einer Körperverletzung darstelle, also die Stellung des § 229 in diesem Abschnitt gerechtfertigt erscheint. Aber es ist doch zu berücksichtigen, daß § 229 keineswegs als Versuch mit dementsprechendem Strafrahmen im Gesetz geregelt ist. Der ganze Inhalt des § 229 weist uns vielmehr darauf hin, daß wir es mit einem Verbrechen durchaus eigener Art zu tun haben. Ist dies aber der Fall, dann gehört § 229 nicht in den Abschn. 17, sondern er müßte einen Abschnitt für sich allein bilden. Seine Stellung im Abschn. 17 verdankt § 229 m. E. nur dem Umstande, daß in § 229 Abs. 2 der objektive Tatbestand der sogen. schweren Körperverletzung auch gegeben ist. Findet nun eine Giftbeibringung statt, um jemanden auf dessen ernstliches Verlangen zu töten, so kann nur § 216 in Betracht kommen in Verbindung mit den sonstigen Paragraphen des Abschn. 17. Der Geltungsbereich des § 229 erstreckt sich nur auf

Wenn aber das Reichsgericht S. 214 behauptet, daß „die zweifellos bestehende Disharmonie“ zwischen den Strafandrohungen des § 216 und zwischen den gegen die vorsätzliche Körperverletzung (wozu das Reichsgericht auch § 229 rechnet) gerichteten Gesetzesbestimmungen, woraus sich die Möglichkeit von „Unzuträglichkeiten“ ergebe, nichts an jenem Ergebnis ändere, möchten wir demgegenüber behaupten, daß die Gesetze eben so ausgelegt werden müssen, daß jede „Unzuträglichkeit“, die doch meist nur eine nicht im Sinne des Gesetzbuchs und des Gesetzgebers, stets aber den Prinzipien der Strafgesetzgebung überhaupt nicht entsprechende Anwendung des Gesetzes ist, möglichst ausgeschlossen wird. Und daß es den Prinzipien des Strafrechts widerspricht, eine noch so schwere Körperverletzung schwerer zu bestrafen als eine noch so human ausgeführte Tötung, können wir als sicher annehmen. Gewiß ist es vom rein menschlichen Standpunkt häufig sogar eine Tat der Selbstverleugnung, einem schwer Leidenden den Liebesdienst der Tötung zu erweisen, während eine schwere Körperverletzung gewöhnlich eine Tat der Roheit ist. Aber „sittliche und rechtliche Schuld sind verschiedene, rechtlich getrennten Lebenskreisen angehörige Begriffe“.[1]) Das Leben ist das höchste Rechtsgut, und dementsprechend muß auch die Verletzung dieses höchsten Gutes am höchsten bestraft werden. Aus diesen Gründen muß auch die bloße Möglichkeit, bei subjektiv gleicher, aber objektiv schwererer Schuld auf eine mildere Strafe zu erkennen, als nicht im Sinne des Gesetzes als eines Ganzen entsprechend angesehen werden, ebenso wie die Möglichkeit, auf eine unverhältnismäßig kleine Strafe wegen Körperverletzung zu erkennen, unter gänzlicher Außerachtsetzung des erschwerenden Umstandes der Tötungsabsicht.[2])

---

solche Fälle, in denen die Giftbeibringung als solche das letzte Ziel der verbrecherischen Handlung darstellt.

Der neue Entwurf hat auch das Verbrechen der Giftbeibringung aus dem Abschnitt der Körperverletzung (18) entfernt.

[1]) Wach, Reform der Freiheitsstrafe S. 43.

[2]) Auch auf Olshausen § 216 Anm. 5 übt dies Mißverhältnis der Strafen des Teil 2 Abschn. 17 zu § 216 die Wirkung aus, daß er „zugleich unter Hinweis auf die Nichtübereinstimmung der Strafandrohung, nach dem die aus der versuchten Tötung sich ergebende Körperverletzung schwerer als die vollendete Tötung würde bestraft werden können“, für Straflosigkeit ist.

Auch der Weg, auf dem das Reichsgericht zu dem von uns bekämpften Resultate gelangt ist, ist nicht allgemein für richtig anerkannt worden. Zwar stimmen sämtliche der zitierten Schriftsteller, die sich mit dieser Frage befaßt haben,[1]) darin mit dem Oberreichsanwalt überein, daß wir es hier mit der sogen. Gesetzeskonkurrenz zu tun haben, und zwar ist der Oberreichsanwalt der Ansicht, daß hier Gesetzeskonkurrenz unter dem Gesichtspunkte der Subsidiarität vorliege. Falls tatsächlich Gesetzeskonkurrenz in unserem Falle anzunehmen ist, möchten auch wir uns für Subsidiarität entscheiden;[2]) denn es kann dann m. E. nur Subsidiarität der Strafgesetze infolge Subsidiarität der Norm vorliegen. Denn „eine Tötung anders als durch Gesundheitsbeschädigung ist undenkbar. Alle Körperverletzungen behufs Tötung fallen deshalb unter das Tötungsverbot. Die Norm der Gesundheitsbeschädigung ergreift demgemäß nur den Rest der Gesundheitsbeschädigungen, die Verletzung der Gesundheit als solche. Daraus erhellt klar, daß die vorsätzliche Tötung durch vorsätzliche Gesundheitsbeschädigung nicht Deliktskonkurrenz ist, sondern nur die eine Tötungsnorm verletzt. Diese Subsidiarität der Körperverletzungs- gegenüber den Tötungsverboten hat selbstverständlich die Wirkung, daß, wo die Strafgesetze wider die Tötungsverbrechen Anwendung finden, die Mitanwendung der Strafgesetze wider vorsätzliche Körperverletzung unzulässig ist!“[3])

---

[1]) z. B. Hartmann, Wiebeck, Hauptmann, Kahle, Ortmann, Wachenfeld, Binding.

[2]) Binding, Handb. Bd. 1 S. 358.

[3]) Wachenfeld (Theorie der Verbrechenskonkurrenz S. 54), Frank (§ 73 VII c a) und Pflaum (Über Gesetzeskonkurrenz auf dem Gebiete des Strafrechts S. 39 ff.) sind bei Körperverletzung und Tötungsversuch für Konsumtion, ebenso Köhler (Die Grenzlinien zwischen Ideal- und Gesetzeskonkurrenz S. 88, die er aber als Unterart der sogen. stillschweigenden Subsidiarität unterordnet); Olshausen (§ 216 Nr. 5) scheint für Spezialität zu sein, ebenso Kahle (S. 23). Praktische Bedeutung haben für unseren Fall diese Unterscheidungen keineswegs. Es ist fraglich, ob diese Unterscheidungen überhaupt Bedeutung haben. Wie Köhler S. 88 ff. ausführt, ist der Unterschied zwischen Konsumtion und Spezialität durchaus kein wesentlicher, sondern ein schematischer. Der Unterschied beruht nur in den verschiedenen Standpunkten, „von welchen der beiden Gesichtspunkte das Verhältnis zweier gesetzlich konkurrierender Tatbestände zu betrachten sei“. Ebenso Kahle S. 24.

Aber während Hartmann (a. a. O. S. 749), Kahle (S. 24 ff.) und Baumgarten (Versuch S. 354) infolge Absorption der Körperverletzungsvorschriften durch § 216 zu dem Resultat gelangen, wegen Straflosigkeit des Versuchs aus § 216 auch die in dem Versuch enthaltene Körperverletzung straflos zu lassen,[1] hat das Reichsgericht in Bd. 28, dem Wiebeck (S. 44) und Hauptmann (S. 30) folgen, m. E. mit Recht der Ansicht des Oberreichsanwalts sich angeschlossen, daß bei Gesetzeskonkurrenz die durch das versuchte Verbrechen erfolgte Konsumtion des Tatbestandes dann, wenn der Versuch als solcher straffrei ist, ohne kriminalistische Bedeutung sei. Nach Beling[2] läßt sich dies damit begründen, daß das subsidiäre Strafgesetz (§§ 223 ff.) hinter dem primären (§ 216) nur so lange verschwindet, als dieses wirkt. „Alle Umstände, die ein Wirksamwerden vereiteln, lassen gerade das subsidiäre Gesetz zur Geltung kommen."

Gewiß verschwindet der Tatbestand des Versuchs, wie Kahle (S. 21/22) ganz richtig bemerkt, dadurch, daß er für straflos erklärt wird, keineswegs aus der Welt der Erscheinung, weshalb er aber aus diesem Grunde noch rechtliche Existenz haben, ja eine derart kräftige Wirkung noch auszuüben imstande sein soll, ein an und für sich strafbares Delikt zu absorbieren, wie Kahle annimmt, ist unerfindlich. Das Gesetz kann doch überhaupt die rechtliche Bedeutung eines Tatbestandes nicht kräftiger negieren, als in dem

---

[1] Der Fehler, in den die erwähnten Autoren mehr oder weniger offensichtlich verfallen, tritt bei Guderian S. 71/72 klar zutage. Er behauptet, indem auch er Subsidiarität der betreffenden Paragraphen annimmt, daß nicht §§ 223 ff., sondern einzig und allein § 216 zur Anwendung gelange. „Zieht man nämlich aus § 43 Abs. 2 die allgemeine Vorschrift heraus und stellt sie in den Rahmen des § 216, so enthält dieser die Bestimmung: Der Versuch der Tötung auf Verlangen bleibt straflos." Aber mit Recht weist Hauptmann S. 29/30 darauf hin, daß allerdings die Tötungsvorschrift insofern zur Anwendung gelangt, als sie sagt: „Der Versuch ist mangels ausdrücklicher Bestimmung straflos. In diesem Falle aber von ‚Anwendung' zu sprechen, ist nicht angängig, wenigstens, wenn man dies in dem Sinne tun will, in welchem dieses Wort zur Definition des Begriffes Subsidiarität dient. Da heißt ‚Angewendetwerden' nicht überhaupt in Betracht kommen, sondern man will, wenn man da von Anwendung eines Strafgesetzes spricht, ausdrücken, daß auf Grund desselben die Tat zu beurteilen ist und auf Grund dieser Beurteilung Strafe einzutreten hat".

[2] Lehre vom Verbrechen S. 308.

es keine rechtlichen Konsequenzen an ihn knüpft. Es wäre doch geradezu widersinnig, wenn derjenige, der in Verletzungsabsicht jemanden verletzt, bestraft wird, dagegen derjenige, der in Tötungsabsicht verletzt, straflos bleibt, trotzdem oder weil sein deliktischer Wille noch viel weitreichender war. Mettgenberg[1]) sucht noch auf andere Weise als auf Grund der Subsidiarität die Straflosigkeit der Versuchshandlung des § 216 als Körperverletzung zu beweisen. Von der Voraussetzung ausgehend, daß kein Fall des Vergehensversuches als strafrechtlich ungeregelt anzusehen wäre, da für jeden sich in § 43 eine ausdrückliche Norm finde, behauptet er (S. 572), daß es sich aus den Bestimmungen des Strafgesetzbuches als Prinzip ergibt, daß der Versuch jeden Delikts bestraft werden soll. „Denn die Straflosigkeit bildet die Ausnahme und ist jedesmal besonders angeordnet.“ [2])

Die den Versuch der Tötung auf eigenes Verlangen begründende Straflosigkeit soll nun auf § 43 Abs. 2 in Verb. mit § 216 beruhen.

Diesen Ausführungen muß insofern beigestimmt werden, als sich weder aus den Motiven noch aus § 43 direkt der Schluß ziehen läßt, daß der § 43 nur eine unvollständige Regelung sämtlicher denkbarer Fälle enthält. Allerdings hieraus zu folgern, daß unbedingt sämtliche denkbaren Fälle des Versuchs in § 43, ja im Gesetzbuch überhaupt geregelt sein sollten, so daß die Aufgabe der Rechtswissenschaft nur darin bestände, im Gesetz nachzulesen, das scheint gerade bei einem allgemein für oberflächlich redigiert anerkannten Gesetzbuch, wie es das Strafgesetzbuch nun einmal ist, doch bedenklich. Aber selbst angenommen, Mettgenberg hätte recht, so erhellt doch hieraus nichts gegen die Judikatur des Reichsgerichts und der ihm folgenden Schriftsteller, nachdem wir die Annahme der Absorption einer strafbaren Handlung durch einen straflosen Versuch abgewiesen haben. Es harrt dann noch immer der Tatbestand der Körperverletzung der strafrechtlichen Regelung. Auf S. 42 haben wir dem Reichsgericht einerseits beigestimmt, welches die Körperverletzung für strafbar erklärt hatte,

---

[1]) ZStW. Bd. 27 S. 564 ff.

[2]) Ebenso Goldschmidt, Die Lehre vom unbeendigten und beendigten Versuch S. 41.

andererseits sind wir auch dem Reichsgericht und sämtlichen zitierten Schriftstellern, also auch Mettgenberg, bezüglich Straflosigkeit des Versuchs als solchen wenigstens einstweilen gefolgt. In unserem Falle erscheint die Körperverletzung als qualifizierter Versuch, denn es ist im Versuch ein selbständiger strafbarer Tatbestand enthalten. Nun behauptet aber Mettgenberg entschieden, daß nur im Rahmen des § 46 ein qualifizierter Versuch möglich sei, aber nicht bei § 43 Abs. 2; denn „während § 46 den Versuch [1]) ‚als solchen' unter den dort bezeichneten Voraussetzungen straflos werden läßt, fehlen diese beiden entscheidenden Worte in § 43 Abs. 2. Hätte das Gesetz auch für diese letztere Bestimmung eine Bestrafung desjenigen Delikts, welches etwa vollendet in dem versuchten enthalten ist, zulassen wollen, dann hätte es auch hier diese Möglichkeit durch Einfügung jener Worte offen gelassen". Dieser Schluß, lediglich gestützt auf das Fehlen dieser beiden Worte „als solche" hinter Versuch, ist doch nicht überzeugend. Aus dem Inhalt des § 46 ergibt sich, daß der Gesetzgeber nicht den ganzen verbrecherischen Willen, der ja entweder aufgegeben (§ 46 Abs. 1) oder durch entgegengesetzte Willensbetätigung aufgehoben (§ 46 Abs. 2) worden ist, bestrafen will, sondern nur so weit, als die verbrecherische Willensbetätigung die Grenzen der Rechtsordnung überschritten hat. Um dies auszudrücken, ist „der Versuch als solcher" der einzig passende, gesetzestechnische Ausdruck. Was aber eine Fassung wie „der Versuch eines Vergehens als solcher wird jedoch nur in den Fällen bestraft, in welchen das Gesetz dies ausdrücklich bestimmt", bedeuten soll oder kann, ist unerfindlich.

Wir haben also gesehen, daß die Körperverletzung als qualifizierter Versuch im Rahmen des § 43 durch das Gesetz nicht ausgeschlossen ist. Aber ist denn wirklich in unserem Falle nur eine bloße Körperverletzung zur Beurteilung vorhanden? Ist die Tötungsabsicht so ganz bedeutungslos, daß § 216 gar nicht in Betracht kommen sollte? Das Reichsgericht [2]) sagt m. E. ganz mit Recht, daß, falls der in der Einheitshandlung begriffene Versuch allein unter einem erschwerenden Umstand verübt worden

---

[1]) ZStW. Bd. 27 S. 573/74.

[2]) RG. Bd. 15 S. 283.

ist, es nicht dem Zwecke und den Grundsätzen des Strafrechts entsprechen würde, von dem sowohl den Willen wie das Tun qualifizierenden Umstand ganz abzusehen. Wie wir oben gesehen haben, ist es doch wenigstens als möglich denkbar, daß der Gesetzgeber nur den Fall der völlig mißlungenen Tötung straflos lassen, die Verletzung hingegen bestrafen wollte. Daß Verletzungen bestraft werden, auch wenn sie dem Willen des Verletzten entsprechen, ist vom kriminalpolitischen Standpunkt durchaus zu billigen. Denn wie wir auf S. 51 ff. sehen werden, hat der Täter schuldhaft in eine Rechtssphäre eingegriffen, die jeder individuellen Verfügungsmacht entzogen ist.

Allerdings läßt sich, wie schon erwähnt, eine derartige Auslegung des § 43 Abs. 2 in Verb. mit § 216 weder aus dem Gesetzestext selbst noch aus den Motiven irgendwie direkt begründen. Nur die entfernte Möglichkeit einer solchen Auslegung ist vorhanden. Und diese Möglichkeit wollen wir unseren Untersuchungen zugrunde legen. Selbst die exakteste Wissenschaft, die Mathematik, deren Ergebnisse unzweifelhaft sind, arbeitet mit sogen. indirekten Beweisen. Diese Methode wollen auch wir nun einschlagen, nachdem alle vorhergegangenen Untersuchungen ein durchweg unbefriedigendes Resultat ergeben haben. Den ersten Teil des indirekten Beweises haben wir bereits geführt. Es bleibt uns nur übrig, auf neuer Basis die Konsequenzen zu ziehen.[1]) Es konkurrieren in unserem Falle ein versuchtes (§ 216) und vollendetes Delikt (§§ 223 ff.), und zwar ist nach Olshausen (§ 73, 18 a) und Oppenhoff (§ 43 Nr. 17) Idealkonkurrenz hier möglich. Die Idealkonkurrenz ist geregelt in § 73 StGB.:

---

[1]) Der sogen. indirekte Beweis geht von einer falschen fingierten Voraussetzung aus. Das sich ergebende unrichtige Resultat beweist alsdann, daß man zu dem erstrebten richtigen Resultat nur gelangen kann einzig mit Zugrundelegung der konkret vorliegenden Voraussetzungen. Dieser indirekte Beweis ist bereits insoweit geführt worden, als wir nacheinander von den Hypothesen des Reichsgerichts, Kahles, Mettgenbergs, Hartmanns, Wiebecks usw. ausgegangen sind. Der jetzt einzuschlagende Weg, auf dem Wege der Idealkonkurrenz unter gewissen Einschränkungen zum Ziele zu gelangen, stellt schon den zweiten Teil des indirekten Beweises, die Konsequenzen aus dem falschen Resultat dar. Allerdings müssen wir uns erst die Hypothesen für die erstrebte Schlußfolgerung schaffen, zu beweisen suchen, während in der Mathematik diese Voraussetzungen bereits konkret vorliegen.

„Wenn eine und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze verletzt, so kommt nur dasjenige Gesetz, welches die schwerste Strafe, und bei ungleichen Strafarten dasjenige Gesetz, welches die schwerste Strafart androht, zur Anwendung".

Ein und dieselbe Handlung ist in unseren Fällen immer vorhanden, denn die Tötungsversuchs- und Körperverletzungshandlung können nach Lage der Sache nur identisch sein.[1]) Es fragt sich aber nun, ob auch mehrere Gesetze durch diese Handlung verletzt worden sind. Ortmann[2]) und Kahle (S. 25) verneinen dies, da hier zwischen der Versuchshandlung aus § 216 und vollendetem Delikt aus § 223 Gesetzeskonkurrenz vorliege, also nur ein Gesetz verletzt worden sei. Ortmann geht davon aus, daß eine Tat begangen ist, die den Erfordernissen des Delikts X, aber auch den des Delikts Y entspricht. Diese konkurrieren ideell. „Ist aber der subjektive Tatbestand des Delikts Y schon in X enthalten, so liegt nur ein Delikt Y vor."[3])

Diese Schlußfolgerung ist richtig, aber die Voraussetzung, auf der sie basiert, ist falsch. Denn die Erfordernisse des Deliktes X (§§ 223 ff.) entsprechen durchaus nicht den Erfordernissen des Delikts Y (§ 216). Der Versuch der Tötung muß durchaus keine Körperverletzung im Gefolge haben. Indessen kommt es nach Kahle (S. 25) auf diesen objektiven Gesichtspunkt nicht an. Kahle will die Gesetzeskonkurrenz zwischen den beiden erwähnten Delikten per analogiam aus den Zweikampfbestimmungen ableiten. „Denn

[1]) Baumgarten (Strafrechtl. Abhandl. Heft 103 S. 13) vertritt sogar die Ansicht, daß in § 73 unter „eine und dieselbe Handlung" nicht, wie bisher allgemein angenommen wurde, „Einheit" der Handlung gemeint sei, sondern sogar Identität. Dieser Streit ist aber für uns bedeutungslos, da Identität die stärkste Form der Einheit ist und also in jedem Falle „eine und dieselbe Handlung" vorliegt.

[2]) Im GS. Bd. 35 S. 374/75.

[3]) Hatzig (Über den Rücktritt vom Versuch und die sogen. tätige Reue S. 40) drückt dasselbe viel deutlicher folgendermaßen aus: „Bildet aber das vollendete Delikt den notwendigen Durchgangspunkt **(den begrifflichen Bestandteil)** für das versuchte, liegt also bloße Gesetzeskonkurrenz vor, so kann das vollendete Delikt, welches durch das versuchte konsumiert ist, nicht strafbar sein, weil hier strafrechtlich überhaupt nicht eine Konkurrenz, sondern nur ein Delikt, das versuchte, vorliegt, das andere (vollendete) aber eine Bedeutung nicht mehr hat". Ortmann unterzieht einseitig nur das subjektive Moment einer Untersuchung, da er sich nur mit unserem Problem a. a. O. befaßt. Deswegen ist Hatzig vorzuziehen.

zieht man den Tatbestand des Zweikampfs zum Vergleich heran, so ergibt sich sofort, daß die infolge eines Zweikampfs mit tödlichen Waffen erfolgten Körperverletzungen nicht in Idealkonkurrenz mit den Zweikampfsbestimmungen zur Aburteilung gelangen. Die Körperverletzung ist doch auch da nicht notwendiges Tatbestandsmoment des Zweikampfs mit tödlichen Waffen."

Gewiß nicht, aber Kahle übersieht, daß gerade die Zweikampfsbestimmungen gänzlich ungeeignet zu einem Vergleich mit der Versuchshandlung aus § 216 sind. Denn die Strafbarkeit des Zweikampfs ist in jedem Stadium gegeben, die bloße Herausforderung (die im § 216 dem Verlangen bezw. Anerbieten entsprechen dürfte) wird sogar bestraft, während der Versuch der Tötung auf ernstliches Verlangen gänzlich straflos bleiben kann. Die Ansicht, daß Gesetzeskonkurrenz vorliege, läßt sich also nicht halten. Köhler[1]) behauptet zwar, wenn ein qualifiziertes Verbrechen beabsichtigt war (die Tötung ist die durch Absicht qualifizierte Körperverletzung)[2]) und auch versucht worden ist, aber das einfache Verbrechen zur Vollendung kam, eine Idealkonkurrenz zwischen den beiden Delikten nicht bestehen könne, „da nicht ein und dieselbe Handlung zugleich die Ausführungstätigkeit des versuchten, qualifizierten Delikts und die Vollendungstätigkeit des vollendeten einfachen Delikts bildet". Aber gerade in unserem Falle sind die beiden Handlungen sogar identisch. Auch das Reichsgericht (Bd. 15 S. 281) hat beim Versuch eines schweren und Vollendung eines einfachen Diebstahls, begangen durch eine Handlung, Idealkonkurrenz angenommen.[3]) „Wie alle in der einen

---

[1]) Köhler, Grenzlinien zwischen Ideal- und Gesetzeskonkurrenz S. 70/71.

[2]) vgl. Wachenfeld, Mord und Totschlag S. 289.

[3]) Für das Verhältnis von versuchter Tötung zur Körperverletzung nehmen außerdem Idealkonkurrenz an Habermaas (S. 40), Pfersdorff (S. 42), Oppenhoff (§ 43 Nr. 7) und vielleicht auch Thomsen (im GS. Bd. 30 S. 101). Joski (S. 29) verneint sie, „da es sich nicht um einen qualifizierten Versuch handelt, bei welchem zwei Verbrechen durch eine und dieselbe Handlung begangen werden". Das Erfordernis zweier Verbrechen durch eine und dieselbe Handlung ist aber nach Sarter und Baumgarten (Strafrechtl. Abhandl. Heft 103) nicht nur nicht erforderlich, sondern sogar undenkbar. Denn da das Verbrechen Handlung ist, kann eine Handlung immer nur ein Verbrechen erzeugen. Das Gesetz aber verlangt nur mehrfache Gesetzesverletzung durch die eine Handlung. Dies ist der Fall,

oder anderen Art beabsichtigten verbrecherischen Erfolge, wenn sie eintreten, dem Täter als vollendete Delikte in idealem Zusammentreffen zuzurechnen sind, ebenso sind dieselben, wenn sie nicht eintreten, als strafbarer Versuch dem Täter zu imputieren." [1])

Wir gelangen also zu dem Resultat, daß die Versuchshandlung im Falle des § 216, wenn sie eine Verletzung erzeugt hat, nach den Regeln der Idealkonkurrenz zu strafen ist. Die Streitfrage, welches das „schwerere" Gesetz im Sinne des § 73 ist, ob dasjenige, welches das größte Maximum, aber zugleich das geringere Minimum enthält, oder dasjenige, dessen Maximum kleiner, dessen Minimum aber höher ist, ist für uns gegenstandslos. Denn

---

wenn aus der Tätigkeit des Verbrechers zwar „nur eine Kausalkette resultiert, das geltende Recht aber verschiedene Glieder dieser Kette zu strafrechtlichen Erfolgen stempelt" (Sarter S. 45). Dies bewirkt aber noch nicht eine Mehrheit von Verbrechen, „sofern man unter letzterem das an einem bestimmten Orte zu einer bestimmten Zeit erfolgende Ereignis der Sinnenwelt versteht" (Heinemann S. 70).

Merkel (S. 270) nimmt bei Idealkonkurrenz Verbrechensmehrheit an. „Wenn jemand durch einen Schuß einen Menschen vorsätzlich verwundet und einen anderen fahrlässigerweise tötet, so kann füglich nur derjenige von einem Delikte sprechen (welchen Namen dasselbe haben soll, wird nicht leicht anzugeben sein), der das Wesen der Sache in dem Schießen, d. i. in dem angewendeten Mittel, nicht, wie es richtig ist, in der kausalen Bedeutung dieses Schießens für rechtlich geschützte Interessen findet."

Da aber auch Merkel das Verbrechen als Handlung (S. 10 ff.) bezeichnet, muß nach seiner Darlegung die eine tatsächliche Handlung strafrechtlich ein Doppelleben führen. Für jede einzelne Gesetzesverletzung wird sie als besondere Handlung gedacht, obgleich sie nur einmal existent ist. Eine und dieselbe Handlung wird strafrechtlich mehrfach gezählt. Das ist aber unmöglich, da eine tatsächliche Handlung auch nur eine strafrechtliche Existenz haben kann. Ne bis in idem. (Der Ansicht Merkels auch Binding, Handb. S. 578.) Mit Recht bestraft das Gesetz in einem solchen Falle nur eine Handlung.

Frank (§ 73 II) folgert aus der Überschrift „Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen" ein Konkurrieren mehrerer Verbrechen. Nun kommt aber der Überschrift zweifellos nicht entfernt die Bedeutung zu wie dem Gesetzestext. Der Gesetzestext spricht aber nur von einer Handlung. Baumgarten (Heft 103 S. 89) erklärt den Widerspruch zwischen Text und Überschrift als Überbleibsel des preuß. StGB. von 1851, welches unserem StGB. als Vorbild diente. „Die Überschrift des Abschn. 5 erklärt sich nämlich ganz wohl daraus, daß man bei Änderung des ursprünglich ganz anders lautenden § 55 Abs. 2 preuß. StGB., welcher das Vorbild für unseren § 73 geworden ist, übersehen hat, diese Änderung auch in der Überschrift hervortreten zu lassen."

[1]) RG. Bd. 12 S. 64 ff.

im Falle des Konkurrierens der §§ 216 u. 224 kommt immer der Strafrahmen des § 224 in Betracht, sonst stets der des § 216.

Schopenhauer sagt einmal bei Gelegenheit der Besprechung der verschiedenen Systeme der Philosophie, daß es sich mit der Prüfung der Richtigkeit dieser Systeme ebenso verhalte wie mit den in Rechenlehrbüchern vorhandenen Aufgaben. Wo ein „Rest" (d. h. etwas, was vom Standpunkt des Systems aus sich nicht erklären läßt) übrigbleibt, ist ein Fehler in der Aufgabe.[1]) Dieser Vergleich läßt sich mit ungleich größerer Bestimmtheit auf jede Kodifikation und Interpretation anwenden. Denn das Bestreben jedes Gesetzbuchs und jeder Auslegungsart muß es sein, jeglichen „Rest", d. h. Widerspruch oder Lücke, zu lösen bezw. im Sinne des Gesetzes auszufüllen.

Bei der Erörterung der Frage durch diejenigen, welche infolge Absorption der Körperverletzung durch den straflosen Tötungsversuch zur Strafloserklärung der in dem Versuch vollendet enthaltenen Körperverletzung gelangt sind, kann man sagen, ist das ganze Resultat „Rest". Aber auch denjenigen, welche wie das Reichsgericht wegen Körperverletzung strafen, geht die Aufgabe nicht schlankweg auf, sondern es bleibt als „Rest" nicht nur die Möglichkeit, eine größere Strafe wegen Körperverletzung zu verhängen als wegen vollendeter Tötung, sondern auch die Möglichkeit, trotz der Tötungsabsicht auf eine unverhältnismäßig milde Strafe, z. B. im Falle der §§ 224, 228 auf einen Monat Gefängnis zu erkennen, so daß es vorkommen kann, wie dies auch das Reichsgericht (Bd. 28) für möglich zu halten scheint, daß der Umstand der Tötungsabsicht als strafrechtlich irrelevant vom Richter beiseite geschoben wird. Die Lösung, zu der wir aber gelangt sind, dürfen wir zwar nicht als restlos bezeichnen, aber sie berücksichtigt doch wenigstens, soweit unser Strafgesetzbuch es nur irgendwie gestattet, jedes strafrechtlich relevante Moment wie die Absicht und Gesinnung des Täters.

Es ergibt sich also als Resultat:

1. Die Versuchshandlung des § 216 ist nur insofern strafbar, als eine Körperverletzung erfolgt ist.
2. Das Strafmaß bestimmt sich nach den Regeln des § 73.

---

[1]) Parerga und Paralipomena S. 86 bei Reclam.

Dieses Resultat widerspricht durchaus nicht unserer Annahme, daß der Versuch im Falle des § 216 als solcher nicht zu bestrafen ist. Denn es handelt sich bei Berücksichtigung des § 216 in unserem Sinne nicht um die Strafbarkeit, sondern lediglich um das Strafmaß.

Es bleibt auch uns als Rest die Möglichkeit, im Falle der Versagung mildernder Umstände wegen Körperverletzung härter bestrafen zu können als wegen vollendeter Tötung. Diese Inkonsequenz des Gesetzes müssen wir allerdings zugestehen. Aber sie ist nicht die einzige. Betrachten wir z. B. die §§ 340 Abs. 2 und 225, so ergibt sich, daß z. B. ein Beamter nach § 340 Abs. 2 bei Ausschluß mildernder Umstände mit 2—15 Jahren Zuchthaus wegen vorsätzlicher (nicht absichtlicher) Körperverletzung zu bestrafen ist, dagegen bei beabsichtigter nach § 225 nur mit 2—10 Jahren. Selbst wenn wir mit Hälschner (S. 1050) annehmen, daß durch die Strafbestimmung des § 340 die des § 225 ausgeschlossen ist, so kommen wir zu einem geradezu widersinnigen Resultat.[1])

Unser Strafgesetzbuch steht nämlich auf dem Standpunkt, daß der Beamte als solcher besonders zu schützen ist, aber dementsprechend auch eine besondere Verantwortung trägt. Deswegen werden alle Delikte, deren Subjekt oder Objekt der Beamte ist, besonders schwer geahndet. Trotzdem ist aber, womöglich bei derselben Handlung, bei welcher Beamte und Nichtbeamte als Mittäter tätig werden, dem Richter für erstere ein weit geringerer Strafrahmen gelassen als für den letzteren (§§ 340 Abs. 2, 225).[2])

Die billigerweise allein mögliche Auslegung, den § 225 auf den Beamten anzuwenden, dürfte sich aber vom rechtswissenschaftlichen Standpunkte kaum halten lassen. Denn die Bestimmungen des 28. Abschnitts sind Sonderbestimmungen, und hier läßt sich zweifellos der Satz anwenden: lex specialis derogat legi generali.[3])

Wenn uns also hier die Aufgabe nicht restlos aufgeht, so

---

[1]) Hälschner nimmt an, daß es nur aus einem Redaktionsfehler zu erklären ist, daß § 340 Abs. 2 abweichend von § 225 mildernde Umstände zuläßt.

[2]) Thomsen, Versuch S. 185.

[3]) Andere derartige Widersprüche im Strafgesetzbuch sind zusammengestellt bei Thomsen im GS. Bd. 30 und bei Thomsen, Versuch der durch eine Folge qualifizierten Delikte. Vgl. auch Sontag S. 42 ff.

müssen wir uns damit zufrieden geben, daß wir wenigstens nur einen möglichst geringen Rest erhalten haben und die Schuld nicht so sehr an der Rechnung als in dem Gesetze zu suchen ist.

§ 7.

Der Einfluß der Einwilligung auf die Strafbarkeit der durch den Versuch der Tötung auf eigenes Verlangen herbeigeführten Körperverletzung.

Wir haben die Frage, ob der Versuch der Tötung als Körperverletzung strafbar ist, untersucht ohne Rücksicht darauf, daß die Verletzung ja durch das eigene Verlangen des Verletzten herbeigeführt worden ist. Inwieweit gilt nun auch für unser Strafgesetzbuch der Grundsatz: volenti non fit iniuria?

Nun behauptet das Reichsgericht,[1] dem sich auch Hauptmann (S. 54) anschließt, daß das Verlangen der Tötung die Einwilligung in die Körperverletzung ausschließe.[2] Denn „die Einwilligung des zu Tötenden[3] ging auf Tötung und nicht auf Körperverletzung. Eine solche hätte er sich jedenfalls verbeten. Hier ist die Absicht von entscheidender Bedeutung. Es kann also der Annahme einer Körperverletzung die Einwilligung des Verletzten, die einen ganz anderen Inhalt hatte, nicht entgegenstehen".[4]

Wenn aber, wie das Reichsgericht m. E. mit Recht annimmt, die Erfüllung des Verlangens den Verletzungsvorsatz enthält, sogar enthalten muß, warum sollte dann das Verlangen selbst nicht die Einwilligung in die nicht zu umgehende Körperverletzung enthalten? Der Täter muß gewußt haben, daß er nur mittels Körperverletzung töten konnte, der Verletzte hingegen sollte nicht das Bewußtsein gehabt haben, nur durch eine Körperverletzung getötet werden zu können? Schließlich ist ebenso wie für den Verletzten die Absicht, getötet zu werden, für den Täter im Normalfalle die Absicht, durch die Körperverletzung zu töten, von derselben ent-

---

[1]) RG. Bd. 24 S. 370 und Bd. 28 S. 200 ff.

[2]) Ders. A. H. H. Bd. 3 S. 447/48 und Hartmann S. 749 a. a. O.

[3]) In der betreffenden Stelle handelt es sich um ein Mädchen.

[4]) RG. Bd. 24 S. 370.

scheidenden Bedeutung. Es ist daher, wie Köhler[1]) m. E. mit Recht sagt, sehr zu bezweifeln, ob der Verlangende dem Aufgeforderten in rechtlich wirksamer Weise zumuten kann, das strafrechtliche Risiko dafür zu übernehmen, daß der beabsichtigte Erfolg seiner auf Tötung gerichteten Handlung wirklich eintritt, „denn der Auffordernde würde dadurch das Vorhandensein seines Willens auf Vornahme der Tötungshandlung abhängig machen von einem Ereignis (nämlich Eintritt des Todes), das erst nach Vollendung der Tötungshandlung eintreten kann. Es wäre dem Täter zugemutet, für etwas einzustehen, was er schuldhaft gar nicht völlig vertreten kann. Selbst wenn aber der Tötungswille in wirksamer Weise derartige Bedingungen enthalten könnte, so müßte eine solche Bedingungssetzung doch jedenfalls vom Verlangenden ausdrücklich ersichtlich gemacht werden, dann würde sich wohl jeder dafür bedanken, einem Tötungsverlangen zu willfahren“.

Wir werden uns daher der Ansicht derjenigen, d. h. sämtlicher außer dem oben erwähnten Autor und dem Reichsgericht, welche sich mit dieser Frage beschäftigt haben, anschließen, welche in dem Verlangen der Tötung die Einwilligung in die zwecks Tötung vorzunehmende Körperverletzung vorbehaltlos für gegeben erachten.

In bezug darauf, welchen Einfluß die Einwilligung des Verletzten auf die Strafbarkeit der Verletzungshandlung ausübt, gehen aber die Ansichten von den beiden Extremen an, Straflosigkeit oder Strafbarkeit wegen bezw. trotz der Einwilligung alle Grade hindurch auseinander.

Das Reichsgericht[2]) erklärt die Körperverletzung trotz der Einwilligung in jedem Falle, selbst bei der leichtesten Körperverletzung, für strafbar, „denn namentlich kommt die Einwilligung des Verletzten unter den Gründen, welche die Strafen ausschließen, nicht vor. Es spricht sogar die Tatsache, daß diese Einwilligung nur bei der Tötung berücksichtigt worden ist, dafür, daß ihr sonst überall eine rechtliche Wirksamkeit nicht beigelegt werden konnte“.[3])

---

[1]) Grenzlinien S. 100.

[2]) RG. Bd. 2 S. 443.

[3]) Kronecker sucht im GS. Bd. 35 S. 220/21 diese Ansicht des RG. ad absurdum zu führen dadurch, daß man den Henker, welcher ein Todesurteil vollstreckt hat, wegen Mordes bestrafen müsse, weil die Amtspflicht im Gesetzbuch als

Man kann aber entgegnen, gerade weil nur im § 216 die Einwilligung als ein nicht straflos machender Umstand erwähnt wird, in allen übrigen Fällen die Straflosigkeit sich ergebe. Kronecker[1]) deduziert aus den Motiven, daß die übrigen Rechtsgüter, außer dem Leben, vom Gesetzgeber als veräußerliche betrachtet werden, „nicht in zivilistischem, wohl aber in strafrechtlichem Sinne, so daß eine freiwillige, dem Verletzten gegenüber erfolgte Preisgabe vor Bestrafung schützt". Aber läßt sich dies wirklich aus den Motiven entnehmen? Die Motive zu § 211 (§ 216) lauten: „Es entspricht dem Rechtsgefühl, daß die Tötung eines Einwilligenden, wie sie der Entwurf näher charakterisiert, nicht mit der Strafe belegt werde wie die gegen den Willen des Getöteten erfolgte Tötung. Aber das unbestrittene Sittengesetz, daß das Leben ein

---

Strafausschließungsgrund nicht genannt werde. Aus dem angeführten Beispiel ergibt sich aber die Richtigkeit der Ausführungen Kroneckers keineswegs. Denn Voraussetzung jeder Strafbarkeit einer Handlung ist eine Rechtsverletzung. Der Henker verletzt aber durchaus nicht ein öffentliches Interesse und das Recht des Mörders auf sein Leben. Denn dieser hat dem Staate gegenüber, dessen ausführendes Organ der Henker ist, sein Leben verwirkt. Auch Zimmermanns Beispiel in G. A. Bd. 29 S. 440, der dieselbe Ansicht wie Kronecker vertritt, ist verfehlt. „Man denke nur an den Fall, daß ein Arbeiter von einer Maschine an der Hand ergriffen wird. Er muß fürchten, daß er verloren ist, wenn ihm nicht schleunigst die Hand abgehauen wird, und bittet dringend und ernstlich seine Nebenarbeiter um diesen Dienst. Dieser gibt seinem Verlangen nach und befreit ihn durch einen Axthieb von der gefährlichen Umarmung. Sollte dieser wegen Körperverletzung strafbar sein?" Gewiß nicht, aber nicht, weil der Gefährdete seine Einwilligung zu der Verletzungshandlung gegeben hat, sondern lediglich darum, weil zwar faktisch eine Körperverletzung vorliegt, aber nicht, wie wir auf S. 25 ff. gesehen haben, rechtlich. Breithaupt (S. 63) hat ganz recht, „daß man unter Umständen das Recht jedem Menschen einräumen müsse, jemand mit dessen Einwilligung zu verletzen, falls dadurch der Zweck erreicht wird oder wenigstens erreicht werden konnte und sollte, das Leben des Verletzten zu retten". Ja selbst wenn der betreffende Arbeiter lieber sich hätte von der Maschine zermalmen lassen wollen, um als Krüppel nicht weiterzuleben, und ausdrücklich ein Abschlagen des Armes sich verbeten hätte, und der Nebenarbeiter hätte es dennoch getan, läge keine strafbare Körperverletzung vor (vgl. Beling in ZStW. Bd. 18 S. 286/87). Diese Ausführungen lassen sich in ihren Konsequenzen m. E. unbedenklich auf das Zivilrecht übertragen; denn wenn die Handlung nicht widerrechtlich ist, besteht auch kein Grund, aus einem vorsätzlichen Handeln eine Rechtsverpflichtung eintreten zu lassen.

[1]) Im GS. Bd. 1 c.

nicht veräußerliches Gut sei, läßt weder Straflosigkeit noch eine zu niedrig gemessene Strafe zu".

Kronecker schließt daraus: „Wenn es nun dem Rechtsgefühl widerspricht, die Tötung, also die Entziehung des höchsten Rechtsguts, falls sie gegen einen Einwilligenden verübt ist, mit derselben Strafe zu belegen wie die des Nichteinwilligenden, so muß dies von der Entziehung eines geringeren Rechtsguts, von der Körperverletzung, um so mehr gelten".

Diesen Ausführungen ist durchaus beizupflichten. Aber hieraus nun den Schluß zu ziehen, daß, weil die Körperverletzung ein geringeres Gut ist als das Leben, die Körperverletzung straflos sein müßte, ist m. E. ungerechtfertigt. Aus den Ausführungen Kroneckers ergibt sich nur, daß die Körperverletzung geringer bestraft werden muß als die Tötung, ein Ergebnis, zu dem auch wir bis auf die durch das Gesetz selbst in § 224 statuierte Ausnahme gelangt sind. Der Ausdruck „Sittengesetz" hätte Kronecker stutzig machen müssen, denn entspricht es vielleicht dem Sittengesetz, einen anderen, auch mit dessen Einwilligung, zum Krüppel zu machen?

Daß ein derartiger Einfluß der Einwilligung auf die Strafbarkeit der Körperverletzungen nicht der Absicht des Reichstags entsprach, können wir aus den Verhandlungen (S. 657) ersehen. Als Lasker gegen die Einführung des § 211 (§ 216) in das Strafgesetz überhaupt sprach, u. a. auch deswegen,[1]) weil ihm das Moment der Einwilligung ein nicht hinreichender Grund war, um ihretwillen einen neuen Paragraphen zu schaffen, führte er aus:

„Warum, meine Herren, haben Sie denn nicht eine gleiche Bestimmung aufgenommen, daß wer einem anderen mit dessen Willen eine Körperverletzung zufügt, straflos bleibt? Ein solcher Paragraph wäre auch gerechtfertigt, denn Selbstverstümmlung ist gestattet".

Schwarze entgegnete darauf, daß man eine derartige Bestimmung für Körperverletzung nicht brauche, da ganz andere Strafmaße dort aufgestellt seien:

„Sie haben z. B. im § 218 (§ 223) gar kein Minimum der

---

[1]) Verhandl. d. Reichst. d. Nordd. Bundes 1870 34. Sitzung.

Gefängnisstrafe, und bei der schweren Körperverletzung im § 219 (§ 224) wird zwar Zuchthaus angedroht, ich bitte aber nur zu berücksichtigen, daß im § 221 (§ 228) mildernde Umstände nachgelassen sind, in denen ich auf Gefängnis nicht unter 3 Monaten erkennen kann. Es ist also gar kein Bedürfnis vorhanden gewesen, eine gleiche Bestimmung in dem Kapitel über Körperverletzung zu treffen".

Hieraus geht auch m. E. klar hervor, daß die Einwilligung wohl strafmildernde, aber keine strafbefreiende Kraft hat.

Das Reichsgericht verfällt im Gegensatz zu Keßler, Kronecker, Zimmermann und Roedenbeck in das andere Extrem und erklärt jede Einwilligung in eine Körperverletzung für gänzlich bedeutungslos.[1] „Die Meinung aber, diese Unverzichtbarkeit auf das Gut der Gesundheit im allgemeinen könne doch nicht den Ausschluß zur Einwilligung in eine bloße Störung des körperlichen Wohlbefindens nach sich ziehen und vielmehr nur dahin verstanden werden, daß die Gesundheit nicht der Substanz nach preisgegeben und aus diesem Grunde nur diejenige Körperverletzung des Einwilligenden nicht straflos gelassen werden dürfe, welche die Gesundheit bezw. die körperliche Unversehrtheit für immer zerstöre, ist nicht als eine konsequente anzuerkennen. Denn der Unterschied zwischen schwerer und leichter Körperverletzung ist für die Gesundheit nur ein relativer und kann darum der bezeichnete Unterschied nicht zugrunde gelegt werden."[2]

Allerdings müssen wir dem Reichsgericht darin beipflichten, daß es für die Strafbarkeit der Körperverletzung trotz Einwilligung nicht darauf ankommt, ob die betreffende Körperverletzung leicht oder schwer ist; es kommt vielmehr darauf an, ob irgendein rechtlich geschütztes Interesse durch die mit Einwilligung zugefügte Körperverletzung geschädigt wird, denn „die Verzichtbarkeit der Rechte hat nämlich zunächst an dem Rechte anderer und an dem öffentlichen Recht bestimmte Grenzen. Man darf ein Recht nicht aufgeben, wenn man dadurch die Rechte anderer verletzen würde;

---

[1]) Ders. A. in H. H. Geyer Bd. 3 S. 555 (vgl. aber im GS. Bd. 26 S. 280, wo er sich berichtigt), Oppenhoff § 223, 2, Hälschner Bd. 1 S. 471.

[2]) RG. Bd. 4 S. 442/43.

denn an diesem Rechte haftet hier eine Pflicht, und die Aufgebung eines Rechtes wäre zugleich eine Pflichtverletzung. Man darf ebensowenig solche Rechte aufgeben, an deren Erhaltung sich ein öffentliches Interesse knüpft; denn ius publicum privatorum voluntate mutari non potest".[1])

Nun behauptet allerdings Kronecker,[2]) daß es für das Gebiet der Körperverletzungen als feststehend erachtet werden muß, daß eine Körperverletzungshandlung mit Einwilligung des Verletzten als Eingriff in eine Privatrechtsspäre zu betrachten ist. Aber Geyer, der noch in H.H. Bd. 3 S. 555 derselben Ansicht ist, modifiziert dieselbe im GS. Bd. 26 S. 280 dahin, daß der Staat gleichwohl zu einem Einschreiten von Amts wegen trotz vorliegender Einwilligung bezw. Privatverzeihung veranlaßt sein wird, „wenn die Umstände der Tat und insbesondere die nicht ganz unerhebliche Schwere der Verletzung eine öffentliche Reaktion fordert, so daß es eine Beleidigung des öffentlichen Gewissens wäre, wenn die Sache als eine reine Privatangelegenheit behandelt und von jeder strafrechtlichen Ausgleichung derselben abgesehen werden würde".

Abgesehen von der etwas metaphysisch klingenden Berufung auf „die Beleidigung des öffentlichen Gewissens" sind es sehr reale Interessen, die eine strafrechtliche Reaktion auf eine solche Tat erfordern. Man denke z. B. an einen Messerstecher, der ungestraft wieder auf die Menschen losgelassen werden soll, nur weil sein Opfer so großmütig war, ihm zu verzeihen? Eine derartige Praxis würde eine große Gefahr für die öffentliche Sicherheit bedeuten.

Handelt es sich denn bei Körperverletzungen nur um private veräußerliche Interessen?

Ortmann, der derselben Ansicht wie Kronecker ist, behauptet dies[3]) aus dem Grunde, weil der Mensch wohl ein Gut, nicht aber ein Rechtsgut wider seinen Willen haben könne, d. h. „daß der Mensch nur so weit Rechtssubjekt sein könne, als er Rechtssubjekt sein wolle". Nun steht es aber fest, daß gewisse

---

[1]) Berner S. 96.

[2]) Im GS. Bd. 35 S. 220.

[3]) G.A. Bd. 25 S. 107/08.

subjektive Rechte des Menschen unveräußerlich sind nach der jetzigen Rechtslage. Es kann niemand in rechtswirksamer Weise z. B. auf seine Freiheit verzichten und sich zum Sklaven eines anderen machen lassen. Aus dem Umstande aber, daß es niemandem nach unserem Recht zur Pflicht gemacht wird, zu leben, den Schluß zu ziehen, wie Ortmann (S. 108) es tut, daß auch das Leben aufhört, ein Rechtsgut zu sein, wenn der Lebende sich freiwillig zum Sterben entschließt,[1]) ist m. E. unrichtig. Das Leben ist als solches ein Rechtsgut, und wenn auch unser Strafgesetzbuch den Selbstmord aus praktischen Gründen nicht bestraft, „so ist es doch etwas anderes, jemanden gegen seinen Willen Dritten gegenüber zu schützen, etwas anderes, ihn wegen Selbstbeschädigung zu bestrafen".[2]) Aber abgesehen von der praktischen Unmöglichkeit der Veräußerung weitgehender subjektiver Rechte werden durch schwere Körperverletzungen, auch wenn sie mit Einwilligung zugefügt worden sind, öffentliche Interessen verletzt. Denn es kann dem Staate nicht gleichgültig sein, wie sein Menschenmaterial beschaffen ist, da die körperliche Schädigung häufig die materielle im Gefolge hat; es würde dem Staate dadurch ein doppelter Schaden entstehen, indem einerseits die Erwerbsunfähigen nichts zur Erhaltung des Staates beitragen können, andererseits aber dem Staate gemäß seiner (nach unserem jetzigen Recht bestehenden) Verpflichtung, den dringendsten Notstand zu lindern, eine unerwünschte Last erwächst.

Von diesem Standpunkte aus läßt sich auch der Einwand Kroneckers widerlegen.[3]) Aus der Vergleichung des § 225 mit § 142 Abs. 2 zieht er den Schluß, daß bei der Körperverletzung mit Einwilligung die Einwilligung strafbefreiend wirke. Denn nach § 142 Abs. 2 werde derjenige, der einen anderen auf dessen Verlangen zur Erfüllung der Wehrpflicht untauglich mache, mit Gefängnis von 1—5 Jahren bestraft. Wer aber einen anderen ohne diesen Zweck, mit dessen Willen verstümmle, nach § 225 mit Zuchthaus von 2—10 Jahren. „Würde nun die Einwilligung

---

[1]) Ebenso Roedenbeck S. 31/32; Sontag in Krit. VSchr. Bd. 19 S. 19; Wächter, Deutsches Reichsstrafrecht S. 190.

[2]) Merkel S. 307.

[3]) Im GS. Bd. 35 S. 223 ff.

nicht strafbefreiend wirken, so käme man zu dem merkwürdigen Ergebnis, daß dieselbe Handlung, falls sie gleichzeitig in die Rechtssphäre des Staates und in die einer Privatperson eingriffe, mit Gefängnis von 1—5 Jahren, falls sie dagegen nur in die Rechtssphäre einer Privatperson eingriffe, mit Zuchthaus von 2—10 Jahren bestraft werde.“ Öffentliche Interessen werden aber in beiden Fällen verletzt. Der weitere Fehler Kroneckers besteht darin, daß er sich nur oder wenigstens in den meisten Fällen ein Untauglichmachen zum Wehrdienst dergestalt vorstellt, daß gleichzeitig die Erfordernisse des § 225 gegeben sind. Dies ist aber durchaus nicht nötig, wird sogar in der Regel nicht der Fall sein; denn als das kleinere Übel dürfte selbst der Unlustigste den Militärdienst einer schweren Körperverletzung vorziehen. Sollte aber trotzdem zu diesem Zwecke eine schwere Körperverletzung zugefügt worden sein, dann ist es sicher, daß nicht der § 142 aus Gründen der Gesetzeskonkurrenz zur Anwendung gelangt, sondern es würde, da die schwere Körperverletzung durchaus kein Begriffsmerkmal[1]) der Körperverletzung zwecks Militärbefreiung ist, aus Gründen der Idealkonkurrenz stets nach § 225 zu strafen sein.

Durch die Scheidung der Körperverletzungen in solche, durch die nur persönliche (verzichtbare), und solche, durch welche öffentliche Rechte verletzt werden, vermeiden wir beide gleich unhaltbaren Extreme, in dem einen Fall selbst die schweren Körperverletzungen ohne Rücksicht auf das öffentliche Interesse straflos lassen zu müssen, während in dem anderen Falle die unsinnigen Konsequenzen vermieden werden, „jede im Zirkus ausgeführte Prügelei der Clowns als ‚Bruch der Rechtsordnung‘ zu betrachten“,[2]) wofern man nicht die Einwilligung bedingungslos als Strafausschließungsgrund erklärt.

Wir haben also das Resultat unserer Untersuchung insofern zu modifizieren, als wegen einer Körperverletzung im Falle des Versuchs der Tötung auf eigenes Verlangen auf Strafe dann nicht erkannt werden kann, wenn nur eine leichte (§ 223) Körperverletzung vorliegt.

---

[1]) Es käme hier nur Gesetzeskonkurrenz aus diesem Grunde in Betracht.

[2]) Keßler S. 74; Roedenbeck S. 47.

C. Schluß.

§ 8.

Die Regelung dieser Fragen nach dem neuen Entwurf.

Der neue Entwurf des Strafgesetzbuchs will dem unsicheren Zustande in bezug auf die Beurteilung von Versuchshandlungen im Falle des § 216 dadurch ein Ende machen, daß er im § 215 Abs. 2 bestimmt: „Der Versuch ist strafbar".

Also auch der sogen. mißlungene und auch völlig fehlgeschlagene Versuch müßte demnach bestraft werden, wenn der neue Entwurf Gesetz würde, und zwar m. E. mit Recht; denn es drückt sich im Versuch, besonders unzweifelhaft klar im mißlungenen, derselbe verbrecherische Wille und dieselbe verbrecherische Energie aus wie in der vollendeten Tat. Außerdem wird die Unklarheit aufgehoben, wann die im Falle des Versuchs zugefügte Körperverletzung zu strafen ist. Denn wo ist die sichere Grenze zwischen der leichteren und schwereren Körperverletzung?

Die neue Fassung des § 216 ist insofern als Fortschritt zu begrüßen, als das geradezu rigorose Strafminimum von 3 Jahren auf 6 Monate ermäßigt worden ist.

Auch der Wortlaut des § 216 hat in § 215 eine bedeutsame Änderung erfahren. Nach dem Vorbild des schweiz. Strafgesetzentwurfs[1]) sind die Worte „ausdrücklich" und „ernstlich" durch „dringend" ersetzt worden. Diese präzisere Fassung sagt mehr als die ausführlichere unseres Strafgesetzbuches, denn „daß ein ‚dringendes' Verlangen ein ausdrückliches und ernstliches sein muß, versteht sich von selbst. In der nach dem Vorbild des Schweizer Entwurfes getroffenen Wahl des Worts ‚dringend'

[1]) Begr. z. neuen Entw. § 215.

liegt aber ein weiteres Erfordernis, welches gegen ein leichtfertiges Willfahren schützen soll". Nach unserem Strafgesetzbuch aber kann bei ernstlichem Verlangen ein leichtfertiges Willfahren sehr wohl dem Täter die Wohltat des § 216 verschaffen.

Die Streitfragen, welche Evelt seinerzeit durch den § 216 für endgültig geregelt hielt, nämlich die Anstiftung und Beihilfe zum Selbstmord betreffend, hat der neue Entwurf, wie sich aus der Begründung ergibt, ausdrücklich ungeregelt gelassen. Der Grund, der dort dafür angeführt wird, kann uns aber nicht befriedigen. Denn wenn auch Fälle dieser Art anscheinend sehr selten vorkommen, so ist doch damit nicht gesagt, daß ein Bedürfnis, derartige Fälle unter Strafe zu stellen, nicht vorliege. Die Berechtigung der Existenz des Arnim-Paragraphen ist doch bisher auch noch nicht geleugnet worden, obwohl er noch nie zur Anwendung gelangt ist.

Befriedigend ist aber der Grund, daß die „Einführung solcher Strafbestimmungen leicht zu unbegründeten Strafanzeigen gegen dem Selbstmörder nahestehende Personen führen könnte, die durch seine Tat schon an sich schwer getroffen sind".

Auch würde m. E. eine derartige Bestimmung mit dem deutschen Nationalcharakter insofern kollidieren, als gerade in den sogen. besseren Kreisen der Selbstmord als nobile officium gilt und die Anstiftung bezw. Beihilfe gewöhnlich den Grund in überspannten Ehrbegriffen und nicht schimpflicher und darum strafwürdiger Gesinnung hat.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.

Lebenslauf.

Am 17. Januar 1888 wurde ich, Georg Stern, als Sohn des Kaufmanns Siegfried Stern und dessen Ehefrau Laura geb. Silberberg in Oppeln geboren. Ich bin Jude und preußischer Staatsangehöriger.

Nach zweijähriger Vorbereitung auf einer privaten Schule in Oberglogau, wohin meine Eltern seit 1899 ihren Wohnsitz verlegt hatten, besuchte ich das Gymnasium in Neiße, welches ich Michaelis 1907 mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Darauf studierte ich $6^1/_2$ Semester an den Universitäten Breslau (1), Marburg a. L. (1), Königsberg (1), Marburg a. L. (1), Breslau ($2^1/_2$). Am 22. Mai 1911 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung und am 26. April 1912 das Rigorosum.

Ich war vom 29. Juni 1911 bis 28. März 1912 dem Amtsgericht Groß-Strehlitz überwiesen und bin seit dem 29. März am Landgericht Beuthen OS. beschäftigt.